TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

Parte Especial

Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento.

Tábua Sistemática das Matérias

Parte III

Dissolução da Sociedade Conjugal

Capítulo 1

Dissolução da Sociedade Conjugal

§ 820. *Quando* se *dissolve o sociedade conjugal.* 1. Vinculo e sociedade conjugal

§ 821. *Morte de um dos cônjuges.* 1. Rompimento do vinculo e dissolução da sociedade conjugal. 2. Nulidade do casamento. 3. Casamento anulável

§ 822. *Nulidade do casamento.* 1. Casamento nulo e deitas. 2. Conseqüência da nulidade. 3. Bens. 4.

Parentesco

§ 823. *Anulação do* casamento. 1. Efeitos. 2. Diferenças cntre a decretação de nulidade e anulação do casamento

Capítulo III

Casamento Putativo

§ 824. *Conceito de putatividade.* 1. Expediente técnico. 2.Roma e a putatividade. 3. Direito canônico

§ 825. *Pressupostos do julgamento da putcitiuidade.* 1. O pressuposta da boa—fé. 2. Casamento inexistente não pode ser declarado putativo. 3. Em que consiste a boa-lê. 4. Quando deve ter existido a boa-fé. 5.

Casamentos excluídos do beneficio da putatividade. 6. Diferenças entre o direito alemão, o suíço, e o brasileiro. 7. Validade do casamento putativo

§ 826. *Promoção da declara çào de putatividade.* 1. Putatividade em relação a um ou a ambos os cônjuges. 2.

Direito à putatividade. 3. Prova de má-fé

§ 827. *Efeitos do casamento putativo.* 1. Extensão dos efeitos. 2. Direito ao nome. 3. Bigamia. 4. Indenização.

5.Bigamia e declaração de putatividade. 6. Pactos antenupciais *e* promessas feitas. 7. Diferenças entre o direito brasileiro e outros sistemas juridicos. 8. Regime matrimonial. 9.Em relação a terceiro. 10. Parentesco.

11. Sucessão. 12.Filhos incestuosos" e filhos "adulterinos", sob o direito anterior. 13. Afinidade. 14. Filhos do casamento putativo e filhos do casamento válido

§ 828. *Impugnação da declaração de putatividade.* 1. Recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória da sentença. 2. Natureza da decisão sobre putatividade

d

Capítulo IIII

Divórcio e Separação Judicial

§ 829. *Conceito de* divórcio *e de separação judicial.* 1. "Divórcio" e „separação judicial". 2. Monogamia e divorcio. 3. A Igreja e o divórcio. 4. Cristianismo e lei judaica. 5. Graciano e Pedro Lombardo. 6.

Protestantismo e casamento. 7. Concilio *Tridentino.* 8. A separação judicial supôe a existência do casamento.

9. Nacionalidade dos cônjuges

§ 830. Espécies *e pressupostos da separação judicial e do divórcio.* 1. Separação consensual e separação litigiosa. 2. Os pressupostos necessários e suficientes para a separação judicial. 3. Se doença grave é causa de separação judicial. 4.Pressupostos, fatos posteriores à celebração. 5. Pressupostos para a separação judicial, independência deles. 6. *Paria delicta.* 7. Reconvenção. 8. Erro de nomes dos figurantes processuais. 9. *Favor matrimonIII.* 10. Defensor do vinculo e defensor da sociedade conjugal

§ 831. *Pressupostos da separação corisensual.* 1. Os três pressupostos. 2. Direito canônico. 3. Tentativa de conciliação dos cônjuges

§ 832. *Pressupostos da separação judicial.* 1. Independência dos pressupostos. 2. Perpetuidade da separação judicial

§ 833. *Conduta desonrosa.* 1. Conceito. 2. Injúrias. 3. Não-exigência da habitualidade das sevícias e das injúrias para a caracterizacão da "conduta desonrosa". 4. Honra, respeitabilidade e dignidade. 5. Interdição. 6.

Homossexualidade. 7. Defesa em caso de sevícia ou injúria. 8. Tentativa de morte

§ 834. *Atos que importem em grave violação dos deveres conjugais de fidelidade recíproca, vida em comum e mutua assistência.* 1. Conceito de

adultério. 2. Significação de “adultério”. 3. Adultério e tentativa de adultério. 4. Adultério e má-fé do cônjuge. 5. Privação de consciência e adultério. 6.Bigamia e adultério. 7.

Concurso e permissão no adultério. 8. Adultério e perdão. 9. Abandono do lar: pressupostos. 10. Ausência e abandono. 11. Direito brasileiro: ausência e abandono. 12. Sevícias

§ 835. *Atos que importem em grave violação dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.* 1.

Sustento, guarda e educação dos filhos

§ 836. *A insuportabilidade da vida em comum.* 1. Prova da insuportabilidade

§ 837. *Processo da separação e do divórcio consensuais.* 1. Petição de separação consensual. 2. Procuração. 3.

Certidão de casamento, ou prova que a valha. 4. Contrato antenupcial. 5. Descrição dos bens do casal e partilha. Comunicação de conhecimento. 6. Acordo sobre a guarda dos filhos. 7. Criação e educação dos filhos. 8. Pensão alimenticia do marido à mulher. 9. Exigência do reconhecimento da firma. 10. Acordo sobre a partilha dos bens. 11. Partilha em execução da sentença de separação judicial. 12.Partilha inclusa no acordo inicial. 13. Audiência dos cônjuges. 14. Convicção suficiente do juiz. 15. Prazos e datas. 16.Autuação e distribuição. 17. Função do Ministério Público. 18. Desistência. 19. Separação e divórcio litigiosos e conversão. 20. Convicção do juiz

§ 838. *Ação e processo de separação e do divórcio litigiosos.* 1. Base do pedido. 2. Cônjuge incapaz. 3.

Imprescritibilidade da ação de separação judicial. 4. Exigência do rito ordinário. 5. Separação de corpos. 6.

Efeitos da separação de corpos. 7. Reconvenção. 8. Cumulação alternativa de pedido de separação judicial e de nulidade ou de anulação do casamento. 9. Defesa não é pedido. 10. Prova do adultério. 11. Cartas missivas.

12. Audiência dos filhos. 13. Obrigações do marido

§ 839. *Sentença de separação judicial e de divórcio.* 1.Novo *status.* 2. Direitos dos pais e direitos dos filhos.

3.Necessidade da averbação. 4. Coisa julgada

§ 840. *Eficácia da separação judicial, e do divórcio, quanto aos cônjuges.* 1. Alteração nos deveres, reconciliação. *2.* Assentimento marital e assentimento uxório. 3. Comunhão de bens e partilha. 4. Terceiro. 5.

Dividas

d

§ 841. *Eficácia da separação judicial e do divórcio quanto aos filhos.* 1. Destino dos filhos comuns. 2.

Separação e divórcio consensuals. 3. Separação judicial e divórcio. 4. Cuidados do juiz. 5. Responsabilidade de ambos os cônjuges. 6.Filiação

§ 842. *Reconciliação dos cônjuqes separados judicialmente.* 1. Efeito da reconciliação. 2. Legitimação ativa.

3. Processo e sentença. 4. Efeitos quanto aos bens. 5. Sucessão. 6.O art. 46, parágrafo único, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977

Parte IIII

Eficácia Jurídica do Casamento

Capítulo 1

Irradiação de Efeitos

Seção 1

Eficácia Pessoal

§ 843. *Eficácia jurídica do casamento.* 1. Matrimônio, relação jurídica. 2. Relações sexuais, *debitum coniugale*

§ 844. *"Legitimidade" e legitimação.* 1. A filiação legítima e ilegítima". sob o direito anterior. 2. A legitimação por subsequente casamento. 3. Os canonistas e a fixação da retroatividade; Godofredo e o Panormitano. 4. Filhos a que a legitimação aproveita

§ 845. *Regime matrimonial de bens.* 1. Vigência, irrevogabilidade. 2. Pactos antenupciais. 3. Condição e pactos antenupciais

§ 846. *Direitos e deveres de ambos os cónjuges.* 1. Direitos e deveres do art. 231 do Código Civil. 2.

Fidelidade. 3. Direito e dever de viverem em comum. 4. Mútua assistência. 5. Obrigação alimentar. 6.

Sustento, guarda e educação dos filhos. 7. Nome

§ 847. *Patrimônios distintos.* 1. Bens particulares, bens comuns. 2. Consequências da existência de patrimônios distintos

Capitulo 11

Direitos e Deveres do Marido

§ 848. *Noções prévias; direitos e deveres.* 1. Posição juridica do marido. 2. Prerrogativas domésticas. 3.

Obrigação de sustentar a mulher

§ 849. *Limitação da situação marital.* 1. Capacidade e vontade jurídica da mulher; o que o marido, sem o assentimento da mulher, não pode praticar (Código Civil, art. 235). 2. Disposição. 3. Bens imó veis. 4. Fiança.

5. Doação

§ 850. *Doações aos filhos e dotes nupciais ás filhas.* 1. Doações previstas pelo Código Civil. art. 236. 2.

Pressupostos necessários de tais doações

§ 851. *Suprimento da outorga uxória.* 1. Se a mulher recusa o assentimento. 2. Mulher absolutamente ou relativamente incapaz. 3. Assentimento próprio e assentimento suprido d

§ 852. *Ações da mulher que se transferem aos herdeiros.* 1. Ações que competem à mulher e aos seus herdeiros. 2.Prazos de prescrição. 3. Omissão do Código Civil

§ 853. *Assentimento da mulher e sua falta.* 1. Como se dá a outorga uxória; não há assentimento tácito nem presumido. 2. Extinção do processo sem julgamento do mérito; falta da outorga e nulidade. 3. Anulação dos atos do marido não-assentidos

Capitulo IIII

Direitos e Deveres da Mulher

§ 854. *Direitos e deveres.* 1. Nome, consideração social. 2. Pretensões e ações. 3. Defesa em juízo. 4. Auxiliar do marido nos encargos de família. 5. Direitos nascidos de deveres

§ 855. *Limitações à situação da mulher casada.* 1. Criaçôes da lei, e não-limitaçôes fundadas em incapacidade ou infirmeza de caráter. 2. Eficácia igual do matrimônio. 3. Atos que a mulher não pode praticar sem a autorização do marido. 4. Alienações e ônus real. 5. Aceitação e renúncia de herança. 6. Tutela, curatela ou outro múnus público. 7. Litígio em juízo cível. 8. Exercício de profissão. 9. Obrigações que importem em alheação dos bens do casal. 10. Mandato. 11. Abono à solvência de fiadores, transação, compromisso arbitral, remissão de dividas do casa!, confissão acerca de bens imóveis, permuta e sub-rogação, oposição. 12. Conteúdo do assentimento para litigar 13. Litígios acerca de bens móveis. 14. Letra de câmbio e nota promissória.

15.Trânsito em julgado da sentença que dissolve o casamento. 16. Dupla assinatura de atos de obrigação. 17.

A situaçao da mulher casada no direito cambiário. 18. Fiança e aval. 19. Vontade cambiariamente suficiente.

20. Marido que deu aval dizendo-se casado mas sem apresentar o assentimento uxório

§ 856. *Atos que a mulher só por si, pode praticar* 1. Razões de ordem social para as limitações à situação da mulher casada; atos que não sofrem limitações (Código Civil, art. 248, regra exemplificativa). 2. Filhos de leito anterior. 3. Novas núpcias e viuvez. 4. Ações da mulher para reivindicar ou desobrigar bens imóveis do casa!. 5. Fianças e doações proibidas ao marido. 6. Ações quanto aos bens que *o* marido transferiu à concubina. 7. O art. 248, V, do Código Civil. 8. Dote e bens sujeitos à administração do marido. 9. Ação de nulidade ou de anulação do casamento. 10. Testamento e disposições de última vontade. 11. Casos que escaparam ao art, 248 do Código Civil. 12. Apelação, embargos de terceiro, recursos

§ 857. *Mulher que exerce profissão.* 1. Não há assentimento tácito nem

verbal; exceção (art. 247, parágrafo único, do Código Civil). 2. Extensão do assentimento para o exercício de profissão. 3. Profissão lucrativa, profissão não-lucrativa. 4. Atos inerentes à profissão. 5. Aplicação do produto da profissão. 6. Convenções antenupciais. 7. Presunção de estar habilitada a contrair obrigações ligadas à profissão. 8. Livre disposição do produto do trabalho

§ 858. *Quando a mulher chefia a sociedade conjugal.* 1. A mulher não é incapaz. 2. O que à mulher compete quando chefia a sociedade conjugal. 3. Marido em lugar remoto ou não-sabido. 4. Encarceração do marido por mais de dois anos. 5. Decretação judicial de interdição. 6. Alienação de bens imóveis, comuns e do marido

§ 859. *Como e quando deve ser dado assentimento marital.* 1. Eficácia do assentimento. 2. Assentimento não se presume. Ratificação. 3. Exceções á regra de não-presunção, no plano da lei. 4. Mulher que ocupa cargo público ou exerce profissão fora do lar conjugal. 5. O único caso de assentimento tácito; K. 5. Zachariae e Juan López. 6. Revogabilidade e eficácia após a morte da mulher

§ 860. *Suprimento do assentimento marital.* 1. Quando à mulher cabe pedi-lo. 2. Falta do marido e recusa do assentimento. 3. Quando é caso de suprimento judicial. Prevalênaia da opinião que demos em 1917 e a Lei nº

3.725, de 15 de janeiro de 1919. 4. O revogado inc. IX do art. 242 do Código Civil. 5. Remissão do art. 242.

1. ao art. 235. 6. Direito de pedir o suprimento da outorga conjugal

§ 861. *Efeitos do assentimento marital.* 1. Extensão. 2. Repercussão no plano do regime de bens. 3.

Obrigações que se fazem comuns. 4. A referência do art. 254 ao art. 247

§ 862. *Efeitos do suprimento judicial.* 1. Diferença entre a eficácia do assentimento marital e a do suprimento.

2. Regime da comunhão. 3. Caso em que os bens próprios do marido ficam obrigados

§ 863. *Anulabilidade dos atos da mulher.* 1. Consequências da falta de assentimento marital. Nulidade e anulabilidade. 2. Ratificação

d

§ 864. *Revogação do assentimento marital.* 1. Código Civil, art. 244. 2. Crítica à opinião de Clovis Bevilacqua. 3. A questão da revogabilidade é problema aparente. 4. Os efeitos são sempre *ex nunc.* 5. Efeitos dos atos iniciados. 6. Impugnação do ato marital de revogação. 7. Forma do ato de revogação. 8. Direitos de terceiros

§ 865. *Conseqüências da falta de assentimento.* 1. Falta de assentimento e falta de suprimento. 2. Ações respectivas. 3. Reivindicações de bens pela mulher. 4. O Código Civil, art. 255 e seu parágrafo único. A Lei nº

3.725, de 15 de janeiro de 1919. 5. Terceiro de boa-fé e terceiro de má-fé. 6. Vantagens ao casal, a ambos ou a um só dos cônjuges. 7. As três hipóteses. 8. Delito. 9. Ato da mulher e fiança. 10. Mulher e responsabilidade perante o *alter*

Capítulo IV

Regime Matrimonial de Bens

§ 866. *Noção de regime matrimonial de bens.* 1. Regime de bens no casamento. 2. Regimes. 3. Os regimes matrimoniais no Código Civil. 4. Regimes e efeitos pessoais do casamento

§ 867. *Regime de bens no direito romano.* 1. Comunhão de vida entre os cônjuges; "ninho" e casamento. 2.

Simetria entre homem e mulher. 3. Direito romano

§ 868. *Regime de bens no direito germânico.* 1. Fontes germânicas. 2. Regime igualitário; Francos, Visigodos, Lombardos, Burgúndios. 3. Direito romano

§ 869. *Regime matrimonial de bens no direito brasileiro.* 1. O mais puro regime de comunhão universal foi do Brasil. 2.Origem germânica. 3. Costume e comunhão universal. 4. Escolha de regime e presunção. 5. Função da comunhão de bens na vida familiar. 6. Obrigatoriedade excepcional do regime da separação de bens

§ 870. *Se o regime de bens é necessário.* 1. Norma dos interesses econômicos. 2. Se o regime é consequência necessária do casamento. 3. *Concubinatus;* cânones de Santo Hipólito; Concílio de Trento. 4. Figuras jurídicas que compõem o regime matrimonial de bens

§ 871. *Coexistência de regramentos.* 1. Situações nascidas antes do casamento e regime de bens. 2. Exclusão de bens. 3.Situações criadas fora do direito matrimonial

§ 872. *Escolha do regramento.* 1. Diferença entre escolha do regime matrimonial de bens e escolha do regramento. 2. Princípio da igualdade e diferentes normas para os bens do marido e os bens da mulher

§ 873. *Regimes no direito brasileiro.* 1. Liberdade de escolha e regras cogentes. 2. Os quatro regimes. 3. Os pactos só se referem aos bens. 4. O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941

§ 874. *Liberdade de convenção antematrimonial.* 1. Tradição luso-brasileira. 2. As Ordenações Filipinas. 3.

Falta de pacto, pacto nulo no todo ou em parte. 4. Pacto de esposos e pacto de cônjuges. 5. Princípio da variedade dos regimes

§ 875. *O pacto antenupcial como negócio jurídico.* 1. Ato de direito de família e Parte Geral. 2. Ato jurídico em si mesmo. 3. Capacidade para os pactos. 4. Os arts. 75-80 do Código Civil. 5. Forma dos pactos

§ 876. *Conteúdo dos pactos antenupciais.* 1. Classificação do pacto antenupcial. 2. O objeto dos pactos antenupciais.

§ 877. *Elementos próprios e estranhos dos pactos ante-nupciais.* 1. Eficácia e início dela. 2. Contrato dentro do pacto antenupcial. 3. A *condicio iuris do* casamento. 4. Pacto antenupcial e regime matrimonial de bens. 5.

Elementos estranhos ao pacto antenupcial. 6. Elementos estranhos àeficácia. 7. Separabilidade dos elementos estranhos. 8. Bons costumes. 9. Cláusulas reputadas não-escritas. 10. O art. 629 do Código Civil

§ 878. *Termo e condição.* 1. Se *o* regime de bens pode ser a termo ou sob condição. 2. O art. 230 do Código d

Civil.3.Condições e termos resolutivos. 4. Resolutividade. 5. Termo resolutivo

§ 879. *Caráter do regime legal.* 1. Silêncio das partes; regime legal dispositivo. 2. O art. 258 supõe *o* silêncio completo, vontade eivada. 3. Regime matrimonial obrigatório.

§ 880. *Nulidade e ineficácia dos pactos antenupciais.* 1.Liberdade das convenções; nulidade. 2. Pactos nulos.

3.Nubentes e estranhos aos pactos. 4. Pessoas da família que neles podem intervir. 5. Capacidade. 6. Efeitos das anulabilidades

§ 881. *Convenção ou cláusula reputada não-escrita.* 1. Código Civil, art. 257. 2. Fim da lei. 3. Extensão da nulidade

§ 882. *Cláusulas reputadas não-escritas.* 1. Enumeração. 2. Nova enumeração. 3. Profissão da mulher e residência fora do lar. 4. Pátrio poder, direção da criação e educação dos filhos. 5. Pátrio poder, religião etc. 6.

Poderes do marido. 7. Administração dos bens comuns e do marido; bens imóveis. 8. Administração e usufruto ao marido

§ 883. *Quem figura nos pactos antenupciais.* 1. Pactuantes. 2. Representação. 3. Capacidade dos pactuantes.

4. Casamento nulo. 5. O art. 232 do Código Civil. 6. Explicitação do art. 232. 7. Nulidades quanto á forma. 8.

Nulidades devido à pessoa. 9. Culpa do incapaz de consentir. 10. Erro, causa de invalidade

§ 884. *Conteúdo legal heterogêneo.* 1. O Código Civil francês, art. 1.390, e os princípios costumeiros. O

direito brasileiro. 2. Lei estrangeira como expressão de vontade. 3. Pacto antenupcial conteúdo de outro pacto antenupcial

§ 885. *Derrogações ao direito comum.* 1. Doações feitas pelos nubentes menores. 2. Doações oneradas com encargos. 3. Pacto antenupcial não se dissolve pelo consenso dos cônjuges

§ 886. *Cláusulas modificativas dos regimes.* 1. O que o direito de família faculta. 2. Cancelação de cláusulas

§ 887. *Princípio da publicidade.* 1. Produção de efeitos dos pactos. 2. Terceiros. 3. Registro. 4. Publicidade posterior.

§ 888. *Imutabilidade dos pactos antenupciais.* 1. Até quando são revogáveis. 2. Celebração do casamento e irrevogabilidade do pacto. 3. Principio da imutabilidade. 4. Extensão. 5. Interpretação do ato antenupcial. 6.

Atos de terceiros

§ 889. *Caducidade do pacto antenupcial.* 1. Se o casamento não se lhe segue. 2. Resolução de doações. 3.

Anulação ou nulidade do casamento. 4. Contágio da caducidade

§ 890. *Convenções antenupciais sobre sucessão futura.* 1. Ordem da sucessão, disposição *causa mortis* e cláusula de reversão nos pactos antenupciais. 2. Testamento conjuntivo, recíproco e correspectivo; de Antônio da Gama aos nossos dias. 3. A atitude do Código Civil. 4. Testamento conjuntivo; Código Civil, arts. 1.630 e 256. 5. Código Civil, *art.* 1.089. 6.Contrato de herança. 7. Atitude do direito brasileiro e do direito português.

8. Os pactos sucessórios no direito antenor. 9. Modo de partilha e pacto comercial. 10. O favor do pacto

§ 891. *Regra jurídica dispositiva da comunhão e regime cogente de separação.* 1. O Código Civil, art. 258. 2.

Caso de obrigatoriedade. 3. Defeito de assentimento. 4. Incapacidade matrimonial. 5. Viúvo ou viúva. 6.

Casamento anterior. 7.Art. 183, XV e XVI. 8. Idade alta. 9. Regra geral. 10. Regime obrigatório

§ 892. *Marido e posse dos bens da mulher.* 1. Código Civil, art. 260. 2. Usufruto. 3. Administração pela mulher

§ 893. *Direito intertemporal.* 1. Lei nova. 2. Regimes obrigatórios. 3. Convenção pós-nupcial. 4. Limitações ao poder de dispor e administrar. 5. Lei especial sobre certos bens. 6. Hipoteca legal. 7. Exercício de direitos ligados ao regime. 8. Efeitos em relação a terceiros. 9. Causa de extinção do regime. 1.0. Ações dos cônjuges

Capítulo V

Regime da Comunhão Universal

§ 894. *A comunhão universal no direito brasileiro.* 1. Instituição expressa ou tácita. 2. Princípios d

fundamentais do regime

§ 895. *Quando começa de vigorar a comunhão.* 1. Início da eficácia. 2. Rescisão da sentença que julgou o inventário negativo

§ 896. *Inclusão e exclusão.* 1. O Código Civil, arts. 262-268. 2. Código Civil, art. 262. 3. O que se exclui. 4.

Análise das espécies. 5. Imperfeição técnica do Código Civil

§ 897. *Dívidas passivas anteriores ao casamento.* 1. Incomunicabilidade; exceções. 2. Onus da prova. 3.

Sobre que bens se executam as dívidas passivas não-comunicadas. 4. Código Civil, art. 264. 5. Se as dívidas anteriores se presumem incomunicáveis. 6. Dívidas anteriores que se comunicam. 7. Defeito de redação do art. 264. 8. Pagamento das dívidas. 9. Se o cônjuge as paga. 10. Dissolução da sociedade conjugal. 11.

Novação. 12. Separação judicial e reconciliacão. 13. Pagamento pelos bens comuns. 14. Responsabilidade após a dissolução da sociedade conjugal. 15. Código Civil, art. 268. 16. Cônjuge sobrevivente e pagamento das dívidas. 17. Bens inalienáveis e bens impenhoraveis

§ 898. *Obrigações contraídas na constância da sociedade conjugal.* 1. Comunicação. 2. Atos ilícitos. 3. Bens comuns *e* responsabilidade por atos de terceiro. 4. Código Civil, art. 1.521, IIII. 5. Atos ilícitos. 6. Fiança

§ 899. *Execução por dívidas contraídas antes e durante a sociedade conjugal.* 1. Ainda o art. 264 do Código Civil. 2.Extensão do art. 264. 3. Art. 263, IV e V

§ 900. *Frutos dos bens comunicáveis e dos incomunicáveis.* 1. Inalienabilidade intrínseca. 2. Frutos. 3. Frutos que se têm como bens comuns. 4. O que não entra no acervo. *5.* Alienações e bens de aquisição originária

§ 901. *Pactos antenupciais limitativos e modificativos da comunhão.* 1.

Convenções excludentes. 2.

Enumeração de pactos permitidos

§ 902. *Domínio, posse e administração dos bens.* 1. *Maritus ei uxor dicuntur simul bona possidere.* 2.

Situação jurídica dos cônjuges quanto aos bens comuns. 3. Administração..

§ 903. *Dissolução da comunhão de bens.* 1. A sociedade conjugal, e não ao vínculo, concerne a comunhão universal. 2.Código Civil, art. 267. 3. Morte. 4. Dívidas. 5. Outro motivo dc dissolução que a morte. 6. Tempo de indivisão dos bens. 7. Bens adquiridos depois de dissolvida a sociedade conjugal. 8. Sócios. 9. Partilha. 10.

Ações *familiae erciscundae e communi dividundo.* 11. Eficácia **Capítulo VI**

Regime da Comunhão Parcial

§ 904 . *Natureza da comunhão parcial.* 1. Comunhão ampla e comunhão restrita. 2. Comunhão restrita, limitada ou parcial.

§ 905. *Bens e obrigações que não se comunicam.* 1. Enumeração. 2. Cisão no tempo. 3. Atos ilícitos. 4. Frutos do trabalho da mulher

§ 906. *Bens que se comunicam.* 1. Código Civil, art. 271. 2. Aquisições a título oneroso. 3. Aquisições por fato eventual. 4. Usucapião, ocupação etc. 5. Jogo e loteria. 6. Seguro, indenização. 7. Código Civil, art. 271.

IIII. 8. Contradição entre os arts. 271, VI, 274 e 246. 9. Causa anterior ao casamento. 10. Descrição dos bens móveis

§ 907. *Dívidas dos cônjuges contraídas antes e durante a sociedade conjugal.* 1. Pagamento delas. 2. Dividas contraídas depois de celebrado o casamento. 3. Hipoteca legal. 4.Código Civil, art. 275. 5. Suprimento judicial do assentimento marital

§ 908. *Começo e termo de comunhão parcial.* 1. Quando começa. 2. Alterações ao regime, em pactos. 3.

Terminação

d

Capítulo VIII

Regime da Separação de Bens

§ 909. *Natureza e causa da separação de bens.* 1. Regime da separação; administração dos bens. 2. Fontes do regime, lei e vontade. 3. Pactos antenupciais

§ 910. *Espécies de separação de bens.* 1. Direito anterior. 2.Separação simples. 3. Outros tipos. 4. Separação pura. 5.Frutos e rendimentos. 6. Cláusula da administração pelo marido. 7. Código Civil, art. 276.

§ 911. *Como se pactua o regime da separação.* 1. Separação de alguns bens e regime. 2. Solução da questão da escolha do regime

§ 912. *Dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal.* 1. Incomunicabilidade dos bens, incomunicabilidade das dívidas. 2. Atos dos cônjuges. 3. Falta do assentimento uxório. 4. Penhora

§ 913. *Contribuição para as despesas do casal,* 1. Mantença da família. 2. Pactos antenupciais. 3. Cláusulas.

4. Prestação de contas pelo marido

§ 914. *Responsabilidade do marido administrador.* 1. Marido, depositário

dos bens da mulher que estiverem em seu poder. 2. Rendas

§ 915. *Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal.* 1 Falecimento de um dos cônjuges. 2. Bens que se haviam comunicado. 3. Separação judicial e anulação. 4. Direitos do marido **Capitulo VIIII**

Regime Dotal

§ 916. *Noção de dote e de regime dotal.* 1. Definição. 2.Consequências. 3. Regime dotal. 4. O Código Civil, arts 278 e 279. 5. Expressa dotalização. 6. Cogência dos preceitos

§ 917. *Quem pode constituir o dote.* 1. Nubente, pais, estranhos. 2. Dote pela própria nubente. 3. Pactos sucessórios. 4. Descrição e estimação. 5. Dote pelos pais, adiantamento de legítima, dote por estranho. 6.

Promessa de dote. 7.Limites. 8. Doação. 9. Código Civil, arts. 236 e 242.10.Dote constituído pelo marido

§ 918. *O que pode ser dado em dote.* 1. Função do dote.2.Elementos do dote. 3. Objeto do dote. 4. Bens futuros.5 Erro da jurisprudência. 6. Bens futuros e título oneroso

§ 919. *Formalidades dos pactos dotais.* 1. Vedação do aumento do dote constituído pela nubente ou pelo marido. 2.Determinação e descrição dos bens. 3. Base contratual.4.Regras gerais concernentes aos pactos antenupciais. 5. Estrutura do dote. 6. Dois contratos

§ 920. *Pactos permitidos no contrato dotal.* 1. Dote constituido por estranho, depois do casamento; cláusulas nulas. 2.Dote e pacto antenupcial. 3. Convenções *e* cláusulas não-escritas. 4. Estipulações permitidas. 5. Dois regimes

§ 921. *Ação do marido para haver o dote prometido.* 1.Entrega do dote. 2. Ação para haver o dote. 3. Dotador em mora. 4. Ação para haver os frutos do dote

§ 922. *Quando o dotado é obrigado á evicção.* 1. Definição. 2. Código Civil, art. 285; doutrina anterior. 3.

d

Pais responsáveis pela evicção. 4. Sorteios

§ 923. *Diversas classes de bens no casamento dota!.* 1. Bens extradotais. 2. Classes de bens. 3. Bens parafernais. 4. Bens obrigatoriamente incomunicáveis

§ 924. *Direitos do marido sobre os bens dotais.* 1. Direito romano. 2. Direitos do marido na constância da sociedade conjugal. 3. Cláusulas restríngentes ou ampliativas dos direitos do marido. 4. Bens imóveis. 5.

Inalienabilidade. 6. Alienação e responsabilidade do marido. 7. Bens móveis e bens imóveis. 8. Indenização do seguro. 9. Código Civil. art. 291. 10.Código Civil, art. 294

§ 925. *Cláusulas relativas ao domínio dos bens dotais.* 1.Contrato dotal. 2. Direitos do marido. 3. Cláusulas e pactos permitidos. 4. Casamento e contrato de casamento. 5. Gravame. 6. Código Civil. art. 297

§ 926. *Dote entregue em dinheiro.* 1. Dinheiro. 2. Transferência ao marido. 3. Cláusula inexistente

§ 927. *Imprescritibilidade das pretensões relativas a imóveis dotais.* 1. Constância da sociedade conjugal. 2.

Prescrição antes iniciada. 3. Dote instituído por estranho. 4. Casamento nulo. 5. Putatividade.

§ 928. *Nulidade das alienações e onerações sobre bens imóveis.* 1. Tempo de legitimação ativa. 2.

Reivindicação.

§ 929. *Dívidas passivas no casamento dota!.* 1. Comunicação. 2. Incomunicação. 3. Dividas solidárias

§ 930. *Restituição do dote.* 1. Fim do dote. 2. Terminação da sociedade conjugal. 3. Ação para reaver o dote.

4. Reversão. *5.* A quem cabe restituir. 6. Prescrição. 7. Responsabilidade. 8. Restituição. 9. Bens lungíveis e bens nãofunqíveis. 10. Código Civil, art. 303. 11. Capitais e

rendas,12.Usufruto. 13. Crédito. 14. Renúncia de crédito

§ 931. *Ação de restituição do dote.* 1. Código Civil. art. 300. 2.Ação de reivindicação e ação hipotecária. 3.

Hipoteca legal

§ 932. *Registro da hipoteca legal.* 1. Quem no pode requerer. 2. O que deve conter o registro. 3. Interessados.

4.Terceiros

§ 933. *Direito aos frutos dotais e à defesa deles.* 1. Administração. 2. Culpa do marido. 3. Ações do marido. 4.

Se o marido não propõe as ações que devia propor

§ 934. *Benfeitorias dos bens dotais.* 1. Código Civil. art. 733, 1 *e* 11. 2. Dispositividade. 3. *Exceptio doli.* 4.

Despesas necessárias

§ 935. *Responsabilidade do marido pelos danos.* 1. Código Civil, art. 260. 2. Marido usufrutuário. 3. Imóvel segurado

§ 936. *Frutos dotaís ao tempo da dissolução da sociedade conjugal.* 1. Obrigações do marido. 2. Código Civil. art. 306, alínea 2ª. 3. Colheitas. 4. Frutos

§ 937. *Separação do dote e administração dele pela mulher.* 1. Ação da mulher. 2. Imprescritibilidade? 3.

Averbação. 4. Sobras. 5. Credores. 6. Sequestração

§ 938. *Bens parafernais (incomunicáveis).* 1. Extradotais incomunicáveis. 2. Código Civil. art. 310. 3.

Administração, gozo e livre disposição. 4. Contas. 5. Dissolução da sociedade conjugal. 6. Frutos **Capítulo IX**

Doações aos Esposos e entre Cônjuges

§ 939. *Doações entre nubentes e feitas por terceiros.* 1. Código Civil, art. 312. 2. Separação de bens. 3.

Doações. 4.Casamento com certa e determinada pessoa. 5. Quem não pode doar *inter sponsos. 6.* Outras vedações. 7. Nulidade. 8. Casamento e contrato antenupcial. 9. Doações feitas por terceiros. 10. Evicção e d

vícios redibitórios. 11. Critica àjurisprudência

§ 940. *Doações entre cônjuges.* 1. Direito romano. Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. 2. Direito do Código Civil

§ 941. *Doações entre cônjuges na comunhão universal.* 1.Metades ideais e doações. 2. Comunhão e doações.

3. Proibição. 4. Código Civil, arts. 1.177 e 178, § 7ª, VI

§ 942. *Doações entre cônjuges na comunhão parcial.* 1. Regras gerais. 2. Possibilidade. 3. Assentimento do marido. *4.* O que não pode ser doado. 5. Separação judicial

§ 943. *Doações entre cônjuges no regime da separação de bens.* 1. Separação pura. 2. Bens e frutos sobejos.

3. Separação simples

§ *944. Doações entre cônjuges, no regime dotal.* 1. Código Civil. 2. Bens que não podem ser doados ao marido. 3. Bens que não podem ser doados. 4. Doações permitidas

§ 945. *Regras comuns às doações.* 1. Reversão. 2. Quando são nulas. 3. Doação de todos os bens. 4. Doações entre cônjuges. 5. Ingratidão. 6. Direitos de terceiros. 7. Quando não cabe a revogação. 8. Doações irrevogáveis

d

PARTE III

Dissolução da sociedade conjugal

§ 820. Quando se dissolve a sociedade conjugal

1. *Vínculo e sociedade conjugal.* O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. A ausência, por mais prolongada que seja, não produz tal efeito, como, no direito anterior, expressamente o Código Civil, art. 315, parágrafo único, estatul a. E preciso, porém, não se confundirem o vínculo conjugal, que só se dissolve com a morte ou com o divórcio, e a sociedade conjugal, que é o *fato* da vida em comum no domicilio conjugal.

A sociedade conjugal termina:

a)

pela morte de um dos cônjuges.

b)

pela nulidade ou anulação do casamento.

c)

pela separação judicial

d)

pelo divórcio.

§ 821. Morte de um dos cônjuges

1. *Rompimento do vínculo e dissolução da sociedade conjugal.* Morto um dos cônjuges, cessa a sociedade conjugal e rompe-se o vinculo do matrimônio. Se o cônjuge morto é a mulher, pode o marido imediatamente contrair novas núpcias; se o modo é o marido, a viúva só se pode casar após dez meses depois do começo da viuvez, salvo se, antes de terminado o referido prazo, dá à luz algum filho (Código Civil, art. 183, XIV).

Quanto aos bens, cessa, com a mode de um dos cônjuges, a comunhão, se há, cabendo ao sobrevivente a *metade* dos bens comuns, pois que era sua, e a outra *metade* aos herdeiros do defunto.

2.

Nulidade do casamento. Conforme teremos de ver as ações de nulidade do casamento são inextinguíveis por morte, porque ou resultam do incesto (Código Civil, art. 183, 1-1V) ou de quase-incesto (art. 183, V), ou de vedação da bigamia (art. 183, VI). ou de *impedimentum criminis (art.* 183, VIII, VIIII). No caso de incompetência da autoridade estatal, ou, tratando-se de casamento religioso, da autoridade estatal que, no regime da derrogada Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, art. 6ª, ordenava a inscrição, ou. sob a Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 74, parágrafo único, do oficial do registro civil que procede a seu registro, o casamento goza de possivel convalescença, de modo que, não alegada a nulidade dentro em dois anos da celebração, sanada está (art. 208). Se morre um dos cônjuges, a ação de nulidade pode ser exercida, se fundada em algum dos casos do art. 183, 1-VIIII, porque não há preclusão, nem prescrição. No caso de nulidade por incompetência, qualquer interessado pode promover a decretação, ainda se falecido um dos cônjuges, ou se falecidos ambos, mas, se algum faleceu, o Ministério Público não mais pode requerê-la.

Se a morte foi antes de vencido o prazo e esse se completou antes da propositura da ação, extinta está para qualquer interessado; para o Ministério Público, a figura não será a de preclusão, porque a morte funciona como elemento de extinção (art. 208, parágrafo único, III). Aliás, o biênio exerce ai, função de produtor de convalescença.

3.

Casamento anulável. A morte do cônjuge dissolve a sociedade conjugal estabelecida pelo casamento anulável. Nos casos de anulabilidade do casamento do incapaz de consentir, a morte não extingue a ação: os herdeiros podem exercê-la (art. 178, § 5ª, III). Nos casos de anulabilidade por falta de idade nupcial, a ação pode ser exercida depois da morte do menor, se dentro do prazo de que cogita o art. 178, § 59, IIII. Dá-se o d

mesmo quando esteja em causa a anulabilidade do casamento por falta de assentimento dos pais, tutor ou curador (arts. 183, Xl, e 178, § 4ª, III).

§ 822. Nulidade do casamento

1.

Casamento nulo e efeitos. De regra, o casamento nulo é de nenhum efeito. *Quod nuílum eM, nuílum producit effectum.* Porém esse princípio, como veremos, não é absoluto. Efeito geral que inere a qualquer casamento, ainda o nulo, é o *da impediência a outro casamento,* desde que não esteja julgada a sua nulidade, ou pronunciada a sua anulação.

2.

Conseqüência da nulidade. Decretada a nulidade, o casamento desfaz-se por completo: extinguem-se o poder marital e o pátrio poder; reputam-se não concebidos na constância do casamento os filhos; cada cônjuge recupera os bens que trouxera para o casal e os lucros correspondentes, bem como as dividas. Nulo o casamento, cessa apenas a sociedade conjugal; não, porém, o vinculo, porque esse, *visto de hoje,* nunca existiu. O homem pode contrair núpcias, e, se as contraiu antes ou na constância do casamento nulo, serão válidas, se de outros defeitos virtuais não estiverem eivadas. Mas a mulher só as pode contrair após dez meses da separação de corpos, salvo se, dentro do prazo, dá à luz algum filho. Outro efeito do casamento nulo é o direito da mulher aos alimentos provisionais enquanto estiver em pendência a ação de nulidade (Código Civil, art. 224; Código de Processo Civil, arts. 852-854).

O Código Civil nada disse quanto ao casamento da mulher na vigência de casamento nulo, porque deve *o* juiz alegar o casamento anterior, qualquer que seja, como impedimento (art. 183, VI): a nulidade tem de ser decretada por sentença, a requerimento de interessados ou do Ministério Público (art. 208, parágrafo único, 1

e III), *e* o fato de o juiz celebrar o novo matrimônio corresponderia a decretação de ofício, o que se lhe não permite. Todos os casamentos anteriores são um impedimento *dirimente,* mas não se pode dizer que o casamento nulo o seja: é apenas proibitivo, *até que se decrete a nulidade.* Decretada essa, o casamento é de nenhum efeito desde a data da celebração, e válido, portanto, o que tenha sido contraido com infração do impedimento que dele derivou. Será, porém, ou terá sido impedimento *dirimente, se* a nulidade for sanável (incompetência da autoridade estatal que celebrou, ou do oficial do registro civil, ou. no direito anterior, que ordenava a inscrição) e tiver decorrido, antes do novo casamento legal, o prazo de dois anos sem ter sido alegada (art. 208). Como se vê, a validade do casamento obedece a princípios peculiares ao direito matrimonial, sendo, pois, arriscado invocarem-se certas regras jurídicas da Parte Geral do Código Civil.

3.

Bens. Quanto aos bens, do casamento não resulta a dissolução da comunhão, mas a suposição de que a comunhão nunca existiu; cada cônjuge se retira, não com a metade, e sim com os bens com que entrara para o casal, lucros, dívidas e demais ônus, salvo o direito a cada um de reaver por indenização, o que a arbítrio do outro se tenha alienado, e que entrou em comunhão de fato.

4.

Parentesco. O parentesco que deriva do casamento nulo era, no regime juridico anterior, "ilegítimo", fosse consangúineo, fosse afim. Tinham-se os filhos, portanto, como nascidos de relação acidental entre homem e mulher, *quasi sine patre filIII,* salvo para o efeito da prestação de alimentos (Código Civil, art. 405).

Já no direito romano, tais filhos nasciam *sui luris,* não tinham pai certo e se chamavam *spurIII* ou *vulgo concepti* (Gaio, 1, 64). Posterior-mente, os filhos vêm a nascer *alieni juris* e a existência da sociedade conjugal torna-se base para a prova de filiação. O art. 367 diz explicitamente:

“A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.” O Supremo Tribunal Federal, a 24 de agosto de 1932, decidiu que, no caso de marido bígamo, a mulher do primeiro casamento, antes de se julgar por nulo o segundo, pode reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha alienado sem outorga uxória. E certo; e o fato do segundo casamento não atinge o primeiro, quer em sua existência e validade, quer em seus efeitos. Um desses efeitos é a ação de reivindicação. Mas o Supremo Tribunal Federal poderia dizer e teria de dizer, se em causa estivesse a segunda mulher, que, enquanto não fosse pronunciada a nulidade do segundo casamento, teria direito à reivindicação dos bens alienados pelo marido, indevidamente, isto é, sem sua outorga. Exercido contra a primeira mulher, essa teria de opor, em d

reconvenção, com o rito ordinário, que é também o da reivindicação, a nulidade do segundo casamento. Aliás, qualquer interessado se defenderia por esse modo, embora a boa-fé da segunda mulher ou de ambos lhe inutilizasse o esforço pelo eventual julgamento de putatividade.

Exercida a reivindicação pela primeira mulher contra a segunda e defendendo-se essa com a aquisição *iure matrimon III,* tudo se reduz à verificação do que é parte ideal do marido, ou bem particular dele, que se comunicou com a segunda mulher. Porque a nulidade do casamento não se decreta sem processo de rito ordi-nario. Para obter efeitos totais à reivindicação contra a segunda mulher, precisa a primeira de cumular as ações *constitutiva* de nulidade *e* de reivindicação, se isso é processualmente possível (segundo o Código de Processo Civil, art. 292, §§ 1ª, I-IIII, e o

é), a fim de que se julgue nulo o casamento e se julgue procedente a reivindicação da parte ideal do marido, ou dos bens particulares dele. Claro que a putatividade constitui obstáculo, pela conferência fictícia de validade.

§ 823. Anulação do casamento

1.

Efeitos. A anulação do casamento põe termo à sociedade conjugal e produz efeitos iguais à decretação da nulidade, salvo onde a lei civil abriu explícita exceção. Não há anulação, como não existe julgamento de nulidade, antes de sentença pronunciada em processo de rito ordinário, que é o que a lei civil exige a quaisquer ações de nulidade ou de anulação do casamento. Não há decretação de ofício, nem, tampouco, pronunciamentos de anulação, de ofício.

Ainda quando se pretenda rescindir sentença de partilha, ou qualquer outra sentença, na qual se haja considerado válido casamento nulo, ou anulável, o rito tem de ser o ordinário, pela exigência de se ter de cumular a ação de nulidade ou de anulação do casamento, prévia e indispensável à rescisão da sentença. Não há proclamar-se a nulidade, ou a anulação, do casamento, se não se trata de processo de rito ordinário. E

irrenunciável pelas partes a ordinariedade, porque, aí, foi o interesse do Estado que ditou o rito. Assim, as regras jurídicas processuais que excluem a impropriedade do processo depois de aceita pelo réu não atingem o art. 222 do Código Civil.

2. *Diferenças entre a decretação de nulidade e anulação do casamento.* São as seguintes as exceções ao princípio, acima formulado, de terem igual eficácia *o* julgamento de nulidade e a anulação do casamento: *a)* Quanto ao parentesco, pois a anulação permite conceba-se a filiação na constância do casamento, embora diversa a concepção acerca da afinidade. *b)* Quanto à posse dos filhos: porque ficarão com o cônjuge inocente; ou, se ambos forem culpados, com a mãe, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz e sua guarda a pessoa notariamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. Para manutenção dos filhos, os cônjuges contribuirão na proporção de seus recursos. As regras da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, arts. 10, §§ 1ª e 2ª, e 20, que citamos referem-se à separação judicial; mas, em virtude das regras de interpretação, a analogia autoriza a invocação deles nos casos de dissolução da sociedade conjugal por anulação, uma vez que existem dois elementos comuns, que são a dissolução da sociedade conjugal e a existência da filiação. Nada obsta a que as partes, isto é, os cônjuges, façam acordo sobre a guarda dos filhos, homologado pelo juiz. Sempre que se trata de execução do acordo, ou do que se estabeleceu na sentença de anulação do casamento, o juiz, que a proferiu, é competente para todos os incidentes da execução. Quando, porém, está em causa fato postenor, *que não diz respeito à execução da*

sentença, a competência, em razão da matéria, é segundo as regras jurídicas de organização judiciária intra-estatal, e não do juiz da anulação do casamento. *c)* Anulado o casamento, a mulher *perde o* direito a usar *o* nome do marido (certo, E Endemann, *Lehrbuch,* 8ª e ed., III, 2ªparte, 172, que viu na sentença de anulação efeitos retroativos, contra H. Dernburg, *Das Bürgerliche Recht,4ª* ed., IV, 72, nota 9); não assim, se julgado putativo. Aí, à diferença do casamento nulo e não-putativo, em que o próprio uso do nome *foi* indevido. Donde poder haver ação especifica de reparação.

d

Capítulo III

Casamento Putativo

§ 824. Conceito de putatividade

1.

Expediente técnico. Para regular essa exceção, o Código Civil estatuiu no art. 221: "Embora anulável, ou mesmo nulo se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até no dia da sentença anulatória." Prevenindo a hipótese de um só dos cônjuges ter contraído de boa-fé *o* casamento, determinou que os seus efeitos civis só a esse *e* aos filhos aproveitam (art. 221, parágrafo único). Essa ficção de casamento *nulo* ou *anulado,* mas válido quanto a seus efeitos civis, encerra, filosoficamente: a) indulgência para o cônjuge ou os cônjuges de boa-fé; E) e piedade para a prole que deles tenha nascido «1. Nic. Hert, *Disserta tio de Matrimonio putativo,* 348; E. C. Westphal, *Dissertatio de vens casibus Matrimonji putativi,* ano de 1758; O. H. Mankiewicz, *Die ⋁ oraussetzungen der Putativebe,* ano de 1895). Mediante tal expediente técnico, evitam-se graves injustiças, como teremos ensejo de mostrar.

2.

Roma e a putatividade. Os Romanos não conheciam, por certo, a teoria do casamento *putativo,* que recebemos através do direito canônico: a boa-fé tornava escusável a infração cometida pelo casamento nulo.

Mas a teoria ampla não foi adotada; encontram-se somente algumas hipóteses em que a boa-fé *atenuava* as conseqüências da nulidade, como, por exemplo, em caso de *erro ris causae probatio.*

Sob o Império concederam-se, a titulo de favor, os efeitos das *iustae nuptiae* aos cônjuges de boa-fé, se nulo o casamento: e Marco Aurélio deu decisão desse gênero para casamento de tio e sobrinha do qual nasceram filhos e durou quarenta anos.

Putativo significa reputado ser o que não é, imaginário, fictício (de

putare, pensar, imaginar).

A regra lógica que fazia ilegítimos os filhos de casamento nulo dominou o direito romano, o direito canônico da Igreja oriental e o Ocidente. O século XI ainda a conservou, pois há texto que disse ser ilegítimo o filho de casamento incestuoso, se os cônjuges conheciam ou ignoravam o incesto. No século XIII foi que se elaborou a teoria do casamento putativo: o casamento nulo produz os efeitos do válido, se ambos ou um dos cônjuges estava de boa-fé.

Nasceu ela de problema de consciência, cremo-lo bem, e de exigência teológica: não se compreenderia que alguém se dispusesse a sacramento e, sem qualquer culpa sua, não no obtivesse, tendo acreditado na sua obtenção. Seja como for, deve-se à Igreja católica essa sutil e a todo ponto inestimável descoberta de técnica jurídica. O direito romano e o direito canônico da Igreja oriental, dissemos, desconheciam *o* casamento putativo. Foi o século XIII que o trouxe ao direito canônico do Ocidente. Obra da doutrina e da *Ecciesia gailicana.* As raízes vão até as *Sententiae* de Pedro Lombardo (R. von Scherer, *Handbuch des Kirchenrechts,* 532, nota 67). Mas, antes de Pedro Lombardo, já se preparava — através de dúvidas e questões — a teoria. Ora mediante a ficção do *quase coniugium (e.q.,* questão posta no *Magister Sententiarum),* ora mediante a afirmação lombardina de vero e próprio matrimônio, contra a negação de Hugo de 5. Vittore *(De Sacramento coniugIII,* no livro de Migne, 176, col. 163 s.). Nas *Petri Exceptiones* (ed.

Savigny, 1, 39), há a seguinte passagem, que é expressiva: “Unum tamen non dubiter quod si quis incestas contraxerit nuptias, sciens vel ignorans, filIII, qui probabuntur nati ex hoc incesto coitu, nuílo modo, nuílo tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos. Cumpre advertir-se: em que o próprio Pedro Lombardo alude a elementos doutrinários em formação; em que, ao mesmo tempo ou antes, outros concorriam para a formação da doutrina (por exemplo, Hugo de 5. Vittore, Ugo da 5. Vittore, que se referia à putatividade *ad dispensatione* e a efeitos dos casamentos inválidos; em que são de Santo Agostinho duas passagens dignas de menção. Em *De lide et operibus liber unus,* cap. Vil, 10 (Migne, 40, col. 203): “Quid si, inquirunt virgo *nesciens* viro nupserit alieno? Hoc si semper nesciat, numquam ex hoc erit adultera: si autem sciat, iam ex hoc esse incipiet, ex quo cum alieno viro sciens cubaverit. Sicut in iure praediorum, tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum: d

cum vero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei perhibetur, tunc iuste iniustus vocatur." Ainda em Migne (161, col. 660): *"Liv. quaest, super Leviticum, 35 qu. 7:* Quid est: quicumque dormierit cum cognata sua, sine filIIIs morietur, cum filIII ex huiusmodi coniunctionibus et ante nati sint hodieque nascantur? An hoc intelligendum est lege Dei constitutum ut quicumque ex eis nati fuerint non deputentur filIII, id est nuílo parentibus iure succedant."

Na *Summa ad Decretum de* Hugúcio já aparecia a teoria do casamento putativo, sem o nome, que remonta apenas a Raimundo de Penaforte e ao Hostiense, mas ainda em sentido não-técnico. Na *Summa de matrimonio* do Cardeal de Luca a construção chegou às linhas mais precisas, com *o* princípio-definição: *Idem operatur matrimonium putativum ac verum.*

3.

Direito canônico. Ao tempo em que a Igreja católica reconhecia os casamentos clandestinos, não lhes concedia a putatividade, se eivados de nulidades. Os filhos eram ilegítimos, ainda que de boa-fé estivessem ambos os cônjuges. No quarto Concílio de Latrão, satisfez-se o catolicismo com o ter havido a publicação dos banhos.

As Decretais, desde Alexandre IIII, confirmaram o produto da doutrina *e* da exegese. Talvez tenha sido Pedro Lombardo o formulador. Houve quem pensasse no *quasi coniugium* a favor dos filhos: quem nulamente casa, crendo que validamente se casa, *quase* casa. Outros haviam recorrido à concepção da eficácia só *ex nunc* da sentença de nulidade ou de anulação: até a celebração houve casamento. Escusado é dizer-se que isso se chocaria, sem saída possível, com a afirmação da indissolubilidade do vínculo. Segundo texto citado por Graciano, Santo Agostinho levantou a questão de se saber se eram legítimos os filhos nascidos de casamento incestuoso de boa-fé, porém nenhuma solução lhe deu; e Graciano falou de abstenção de se decretar invalidade de casamentos entre parentes, a fim de assegurar a legitimidade dos filhos, de modo que se tratava de *dispensa* da Igreja no caso de ignorância.

§ 825. Pressupostos do julgamento da putatividade

1.

O pressuposto da boa-fé. A boa-fé é o único e essencial pressuposto para que o casamento seja julgado putativo quando celebrado legalmente *(vere et solenniter celebratum).* A boa-fé consiste na ignorância, por parte de ambos os esposos ou de um só deles, da *existência* da causa impeditiva: "Putativum matrimonium dicitur, quod vere et solenniter celebratum est, ex impedimento tamen aliquo non subsistit, quod ambos coniuges vel eorum alter probabiliter ignorabant" (Manuel Álvares Pêgas, *Commentaria ad Ordinationes,* Vil, 151).

Mas é de ver-se que se supõe *o* casamento, para que possa ser julgado putativo. Assim, melhor será dizer-se que são pressupostos da putatividade: *a)* a existência de um casamento; *b)* a boa-fé de um dos cônjuges ou a boa-fé de ambos os cônjuges.

É cônjuge de boa-fé o que desconhece a causa da nulidade, ou de anulação, que se vai decretar, embora tenha pensado, erradamente, ser nulo, ou anulável, por outra causa, *o* casamento.

No caso de anulação por erro, pode ser tido como de boa-fé o cônjuge que deu causa, sem saber e sem culpa, ao erro.

A putatividade só se declara em sentença. Tem-se de dar a prova da *boa-fé. Não* se presume, ainda que já haja falecido um dos cônjuges (sem razão, a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de outubro de 1939, *RT* 125/76).

2. *Casamento inexistente não pode ser declarado putativo.* Quanto ao primeiro pressuposto, assente é que o matrimônio não-existente não pode ser declarado putativo. O direito brasileiro permite ao casamento nulo a declaração de putatividade, *e* não só ao casamento anulável, sem qualquer distinção no tocante às nulidades *e* anulabilidades sanáveis ou insanáveis. A doutrina é, pois, excelente.

Na teoria tradicional, três são os requisitos para o casamento putativo: a boa-fé, a forma solene da celebração e o erro escusável. O casamento putativo, diz-se, é ato de *perdão,* e não se podem admitir os seus efeitos se a ignorância de que se trata não for perdoável. Tal doutrina, pregada por F. 5. Bianchi, tem por si a jurisprudência italiana (Corte

di Cassazione di Napoli, 1ª de fevereiro de 1889), mas foi repelida pelos nossos d

legisladores. Não a aceitou *o* autor do projeto do Código Civil, nem as Comissões da Câmara dos Deputados (1902) concordaram com a Comissão revisora, que suprimia o atual art. 221. No Senado Federal, Rui Barbosa quis restringir o casamento putativo às nulidades *sanáveis,* citando, *entre parênteses,* os arts. 212 e s. (atuais 208 *e*

no que foi apoiado pela 2ªComissão especial do Senado Federal (Parecer de 31 de agosto de 1912), que julgou indispensável a citação "para tornar bem claro que os efeitos civis reconhecidos... ao casamento contraído de boa-fé não se estendem aos casos do art. 187, 1-8" (atuais 1-VIIII do art. 183). A Câmara dos Deputados, todavia, rejeitou, com razão, a emenda, mantendo o pensamento do projeto, mais moderno como doutrina *e* mais consentâneo com o antigo direito do Brasil.

O

casamento de que se não concluiu o assento no Registro Civil, ou que, celebrado por confissão religiosa, não foi registrado no tempo devido, ou a que foi negado registro, bem como *o* casamento de forma excepcional antes de se inscrever a sentença que ordenou o registro, é inexistente, *e* não pode, ou ainda não pode ser julgado putativo. Também é *matrimonium non existens o* que se celebrou ou *se* registrou, tendo sido entre pessoas *do mesmo sexo.*

O

casamento celebrado sem o consentimento de uma das pessoas nubentes, se houve boa-fé (e é possível figurar-se a hipótese), pode ser declarado putativo. Outrossim, aquele em que há vicio *(e* não falta) do consentimento. Ambos esses casamentos existem; portanto, são suscetíveis de declaração de putatividade.

A jurisprudência francesa afastou-se dos princípios quando reputou suscetível de ser declarado putativo o casamento inexistente (Corte de Cassação, 14 de março de 1933). No direito brasileiro, *o* arE 221 do Código Civil fala, explicitamente, de casamento nulo ou anulado. Não seria possível tomar-se com o texto brasileiro a liberdade que tomou a Justiça francesa com os textos franceses, tanto mais quanto a

invocação, que há de ser levada a todas as conseqüências, traria situações de extrema gravidade, como a putatividade do casamento celebrado por chefe de polícia ou delegado de policia.

Antes de se registrar casamento religioso, só a jurisdição confessional pode conhecer das ações de nulidade, ou de anulação. Daí resulta que, no sistema jurídico brasileiro, pode dar-se que o casamento religioso seja considerado, pela jurisdição confessional, putativo, *e* não no seja no foro estatal.

Não é possível pretender-se que o casamento não-registrado, quando julgado nulo, ou anulado, tenha os efeitos decorrentes da putatividade. Se a celebração do casamento foi nula ou se é anulável, e ainda não se registrou, quer se trate de casamento civil, quer se trate de casamento religioso, nada militaria, no plano do direito civil, no sentido de se pensar em casamento putativo. Num e noutro caso, o casamento, civilmente, que é o que nos importa, é *matrimonium no existens* (para o direito alemão, veja-se a discussão entre W. Ch.

Francke, Die uneigetragene Ehe nichtigen Abschlusses, *Archiv 1RT die civilistische Praxís,* 101, 420-423, e A. Menge, Zur Lehre von der Nicht-Ehe, *Archiu,* 102, 460-467); *e* tais situações ocorrem, por exemplo, se se ajuiza a ação de nulidade, ou de anulação, antes de se lavrar o assento e depois da celebração civil, ou se ainda não se procedeu ao registro do casamento religioso de forma ordinária, ou, nas hipóteses de forma excepcional, não se registrou a sentença que apreciou o casamento civil nuncupativo, ou o casamento confessional.

Em todo caso, o princípio de economia manda que, produzida a prova do registro, *posterior* ao ajuizamento da causa, se conheça do pedido e se decida sobre a validade e sobre a putatividade, uma vez que o registro se fez, *e* existe, ao tempo da decisão, o matrimônio.

O casamento religioso que não foi registrado e, anulado no juízo confessional, foi julgado putativo por esse, não goza da registrabilidade para efeitos civis, pois só se registra a *existência, e* não a *eficácia,* se bem que pudesse não valer, ou só ter tido a aparência de casamento, e, tendo obtido registro, ser, para o Estado, conforme vimos noutro capítulo, casamento *com efeitos civis,* quer dizer — *estatalmente válido.*

3. *Em que consiste a boa-fé.* Quanto ao segundo pressuposto, que é o da boa-fé de um, ou de ambos os cônjuges, digamos, em noção provisória, que consiste na ignorância da causa dirimente. E questão delicada saber-se se a ignorância de direito também éescusável, para a consequência da putatividade. Mas *o* assunto já foi versado (Tomos 1, § 45, e IV, § 436).

Tem-se, a favor da exclusão completa da ignorância de direito, a regra *Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei.* Ao brocardo *Jus ignorare nem me licet* corresponde, como corolário, que a ignorância do efeito jurídico da causa impeditiva dirimente não admite a boa-fé. A favor de igual deferência para com o erro de direito e o d

erro de fato estaria a invocação dos fundamentos conscienciais do instituto do casamento putativo, produzindo, mais uma vez, princípio de direito de família, que derroga a princípios de direito privado geral.

Entre as duas soluções, uma existe que distinguiria a ignorância de direito brasileiro e a ignorância de direito estrangeiro quando sujeito à lei brasileira o nubente de boa-fé. Segundo ela, se a ignorância concerne a qualquer ponto de direito estrangeiro. admite-se a boa-fé do nubente brasileiro, como se há de admitir que o nubente estrangeiro esteja de boa-fé se ignora o direito brasileiro, ou outro direito estrangeiro.

Se bem que, no *Direito de Família,* tivéssemos propendido, por sugestão de leitura de Demolombe e de Bianchi, para uma variante da terceira solução, repelimos, desde a 2ªedição, tanto a primeira quanto a terceira.

O erro de direito seria, ai, escusável, porquanto a instituição mesma da putatividade, por suas origens, atende ao que realmente se passou dentro do espírito do nubente quando contraiu as núpcias. Também na França, a Corte de Cassação (8 de janeiro de 1930) julgou que não importa se *o* erro éde fato ou de direito, escusável ou não, desde que erro tenha havido em se crer validamente casada, no momento, a pessoa. Não importaria distinguir-se se a lei ignorada é a lei brasileira, ou se é a lei estrangeira, desde que seja sujeito à lei brasileira o nubente de boa-fé. Se não é domiciliado, só a sua lei nacional, ou a lei-conteúdo, pode decidir, sendo de notar-se que o Estado da lei pessoal é que resolveria sobre a qualificação da putatividade, inclusive se é matéria de validade, ou se é matéria de efeito (nosso *Tratado de Direito Internacional Privado,* III, 25 s.). Isso não querela dizer que não

pudesse a lei do Estado da nacionalidade deixar à lei-conteúdo, segundo regra sua de direito internacional privado, determinar a própria qualificação. Ela tudo pode, desde que é a lei do Estado competente para legislar; mas só se interpreta que se atende a outra lei quando ela *o* ordenou.

É possível que a lei estrangeira a ser aplicada, pois que regeu o casamento no seu conteúdo, não admita a putatividade. Então, nada se pode fazer, uma vez que não é de ordem pública o princípio da putatividade, na lei brasileira.

Em verdade, porém, só a ignorância de fato importa; não a de direito. Tal o sistema brasileiro.

O erro de direito não pode ser alegado como base da boa-fé. Ninguém se escusa *com* a ignorância da lei. A decisão da 2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de maio de 1944 *(RT* 102/55), que aventurou poder o erro de direito ser alegado e foi aos extremos ajurídicos de dizer que o *Nerno ius ignorare censetur* é ficção violenta (!) contra a realidade das coisas, tem de ser posta *de* parte. Não conservamos a opinião da 1ª, nem a da 2ª *e* da 3ª edição do *Tratado:* o erro, de que se trata, é só o erro de fato. Quem alega nulidade ou anulabilidade de casamento alega invalidade segundo a lei pessoal, que não pode ser ignorada. Se a lei pessoal permite que se alegue o erro de direito é outra questão.

4. Quando deve ter existido a boa-fé. A boa-fé só precisa ter existido ao tempo da celebração. Assim, a ciência posterior, a *mala fides superven tens,* não a prejudica (L. Kuhlenbeck, *Das Bürgerliche Gesetzbuch,* 2ªed., III, 389), ainda que, tratando-se de ação prescritível, ou precluível, não esteja prescrita, ou preclusa; tampouco deixa de existir boa-fé se, tendo notícia, antes de se casar, do impedimento dirimente, o cônjuge se persuadiu, depois e ainda antes de se casar, de não existir o impedimento. E, portanto, uma boa-fé apurável *punctualmen te:* no momento da celebração, como se, recusando-se a contrair o casamento, o contraente de boa-fé se decide a contraí-lo à vista de documento, que pouco há se lhe exibiu, de não ser casado o outro cônjuge.

5. *Casamentos excluídos do benefício da putatividade.* Temos, em consequência, que ficam excluídos do benefício da putatividade:

(a)

os casamentos em que se prova a má-fé de ambos os cônjuges; *(b)* os que forem considerados por *inexistentes;* isto é: *a)* quando não houver prova alguma do ato de celebração, porque, no caso contrário, seria criar efeitos a uma coisa que nunca existiu, e *o* Código Civil circunscreveu a proteção legal aos filhos *e* aos cônjuges, ou cônjuge de boa-fé, em casamento *nulo* ou *anulável; b)* quando não existir entre os contraentes, embora tenha sido celebrado *o* ato, diferença de sexo.

É possível a prova excepcional da existência, no caso do art. 203 do Código Civil. Aí, feita essa prova e declarado existente o matrimônio, *mas decretado ser nulo ou anulado,* cabe a declaração de putatividade.

6. Diferenças entre o direito alemão, o suíço e o brasileiro. No revogado § 1.345 do Código Civil alemão, se os dois cônjuges estavam de boa-fé, não havia putatividade. Influência do Preussisches Allgemeines Landrecht, III, §§ 952-959. Havia, contudo, a exceção do § 1.351, relativa a alimentos ao cônjuge na ação de nulidade por bigamia do alimentante. A exclusão da putatividade quando de má-fé ambos os cônjuges compreende-se de pronto, se bem que, quanto aos filhos, não se justifique que a sorte deles dependa da boa ou má-fé dos pais, razão por que o Código Civil brasileiro considerou identicamente os filhos nascidos antes ou d

depois da constância do casamento anulável (art. 217). O Código Civil suíço (art. 133) fo i mais longe, resolvendo, com sabedoria, o problema técnico: os filhos, em tais casos, seja nulo ou anulável o casamento, são legítimos, pois que casamento *houve.* A regra prussiana, que conseguiu permanecer no Código Civil alemão, é que de maneira nenhuma se pode aceitar: se a boa-fé, sendo de um, faz putativo o casamento,

~como se há de explicar *e* admitir que a dos dois não tenha a mesma consequência? Dá-se inversão dos pró-

prios fins do casamento putativo: em vez de benefício, medida de equidade e de atribuição de valor a um ato da consciência, passa a ser *pena,* sanção contra a má-fé de um dos nubentes.

A Q Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de janeiro de

1940 *(RT* 129/174), pretendeu efeitos de legitimidade, a favor dos filhos, se de má-fé ambos os cônjuges: "Embora nulo o casamento quando um dos cônjuges não tinha rompido o vínculo de anterior matrimônio, contudo poderá produzir todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória, em relação à prole e ao cônjuge inocente. Entre tais efeitos, em relação aos filhos, está o da sua legitimidade *e.* pois, com direito de suceder aos pais, visto como são considerados legítimos em relação a ambos os cônjuges de má-fé e aos seus parentes, como se *o* casamento fosse válido." Tal afirmação é contra a letra da lei (art. 221). No sistema jurídico brasileiro, que ficou aquém do Código Civil suíço, art. 133, mas à frente dos outros, tem-se de verificar se há nulidade ou anulabilidade: se há anulabilidade, nenhuma questão se levanta quanto aos efeitos a respeito dos filhos, porque incide o art. 217:

"A anulação do casamento não obsta à legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constância dele." *Se* há nulidade, então sim: é de indagar-se se houve boa-fé. Os efeitos favoráveis ao filho são completos, se só um dos genitores estava de boa-fé; se ambos estavam, os efeitos favoráveis e os não-favoráveis.

7. *Validade do casamento putativo.* A validade do casamento putativo é, como a do casamento verdadeiro, *indivisível.* Seria erro tomá-lo como válido para certos efeitos civis *e* ao mesmo tempo como puramente nulo para outros: *Tantum opera tur fictio in casu ficto quantum ventas in casu vero.* O cônjuge ou os cônjuges de boa-fé podem invocar em seu favor todos os efeitos civis resultantes do casamento verdadeiro, tais como a validade dos pactos antenupciais, a comunhão de bens, o direito de suceder ao outro cônjuge, se esse morrer antes de ser registrada a sentença de anulação do casamento, aliás, digamos praticamente, se o decujo é domiciliado e se a sentença ainda não foi registrada e não houve separação judicial, pois é possível anulação, ou decretação de nulidade do casamento, depois de ter havido separação judicial, e a separação judicial, no direito brasileiro, exclui, em virtude de texto explícito, a sucessão do cônjuge (Código Civil, art. 1.611).

Antes da Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, outro era o texto do Código Civil, no atual art. 221: "Embora nulo ou anulável", dizia a antiga redação, "quando contraido de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis desde a data da sua celebração". Hoje, está escrito: "até ao dia da sentença anulatória". Assim estava no Projeto primitivo, art. 261,

onde se lia: “Até o dia da sentença... produzirá... os efeitos de válido . Devido àforma anterior à Lei nº 3.725, escrevíamos no *Tratado de Direito de Família, P* edição, quanto à de sucessão do cônjuge: “Prevalece, portanto, a interpretação derivada do antigo direito, admitindo-se, porém, em atenção à largueza explícita do texto (“todos os efeitos civis desde a data da celebração”) mais desafogada generosidade. Aliás, a sucessão do cônjuge de boa-fé ao de má-fé, efeito *civil* posterior ao dia da sentença, se bem que impugnada por alguns já estava assente entre estrangeiros e alguns comentadores e expositores do nosso velho direito (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* IIII, 549; Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 237).” Quanto à sucessão por parte do cônjuge de boa-fé, morrendo o de má-fé, escrevemos, antes da Lei nº 3.725:

“A doutrina de Lafaiete, que só admitia a hipótese de um cônjuge suceder ao outro (Ord., Livro IV, Título 94) quando esse falecesse antes do julgamento da nulidade *(Direitos de Família,* 56), se bem que então fosse a solução acorde com as leis, não no é mais perante o Código Civil. O art. 221 dispôs que o casamento putativo terá todos os efeitos civis *desde a data da celebração,* e não até o *ato de ser julgado nulo,* como no antigo direito (Correia Teles, *Digesto Português,* III, 49).” Com a emenda ao Código Civil, volveu-se àsolução tradicional, mas é de convir-se em que um casamento registrado só perde efeitos depois do registro, ou anotação, conforme a lei do registro civil, pelo princípio mesmo de que os atos que exigem a publicidade, como da sua essência, só perdem os efeitos com outra publicidade. De *lege ferenda,* o texto de direito das sucessões deveria dizer que herdaria o cônjuge enquanto não houvesse separação judicial, ou separação de corpos, em virtude de sentença proferida em ação promovida pelo cônjuge que se pretende herdeiro, ou sentença passada em julgado. Seria isso possível no direito das sucessões; no direito de família, o que se há de entender é que o ato que exige publicidade precisa de publicidade para se desfazer.

d

§ 826. Promoção da declaração de putatividade

1. *Putatividade em relação a um ou a ambos os cônjuges.* A declaração de putatividade não é pretensão do cônjuge de boa-fé contra o outro

cônjuge, nem é a ação daquele contra esse: primeiro, porque os dois podem ter estado de boa-fé e, em conseqüência disso, ser putativo, em relação a ambos, o casamento. A pretensão é ligada à instituição mesma do casamento, no que sobrevive a excepcionalidade da concessão, presa, nos casos esporádicos do direito romano, a regras de caráter individual, emanadas do Príncipe e, como teoria, às razões de ordem consciencial e de eqtIIIdade, que pesaram no direito canônico. Titulares da pretensão *e* da ação são os cônjuges, ou o cônjuge, ou o defensor do matrimônio, que é parte, contra a entidade de que emana a tutela jurídica, o Estado. A pretensão de direito de família é *absoluta.*

Tratando-se da putatividade para efeitos civis, é o Estado o sujeito passivo da *pretensão à declara* çào. Dai decorre que, em qualquer tempo da causa de decretação de nulidade, ou de anulação, é permitido levantar-se a *questão da putatividade,* não sendo de afastar-se a ação do cônjuge, ainda depois de proferida sentença de nulidade, ou de anulação, se não foi por ele promovida a ação respectiva, nem houve aquiescência à causa *(e.g.,* confissão), para que se declare o caráter putativo do casamento. Ressalta o elemento institucional, que se não pode apagar, por certo, em matéria de casamento.

2. *Direito à putatividade.* O cônjuge que está de boa-fé deve pedir a declaração de putativídade e, se as provas produzidas no processo de nulidade ou de anulação não firmam a sua boa-fé, cabe-lhe prová-la. No direito alemão, já no regime do Código Civil, pelo revogado § 1.345 não era assim: nele, ao cônjuge de boa-fé tocava o ônus de provar a má-fé do outro cônjuge porque não se reconhecia a putatividade no caso de ambos serem de boa-fé. No direito brasileiro, a declaração é em relação a ambos, à semelhança do Código Civil francês, arts. 201, 202, e saxônico, §5 1.621, 2.054.

O direito à putatividade é herdável (Th. Engelmann, Familienrecht, *J. v. Staudingers Kornmentar,* 7ª-8ª

ed.,IV, 126). Aliás, é direito subjetivo dos próprios filhos, no que lhes diz respeito. Se foi julgado nulo ou anulável o casamento *e* um dos cônjuges de boa-fé morreu, os filhos podem recorrer, pedindo a declaração de putatividade. Ou pedi-lo depois, em ação adequada. Nada obsta a que a peça o Ministério Público. Mais: quando os elementos existam para ela, é dever do defensor do matrimônio reclamá-la. A legitimação ativa dos filhos, ou de quem quer que possa ser beneficiado pela putatividade, para pedi-la, *morto o cônjuge de boa-*

fé ou um deles, se de boa-fé ambos, é imprescritível, irrenunciável *e* herdável; porém exige a prova do interesse material ou moral.

Também se tem dito que a boa-fé se presume, cumprindo àparte contrária o ônus da prova (2ªGrupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1953, *RT* 214/ 142), porém isso não tem apoio em lei, nem em regra jurídica não-escrita. A boa-fé é a que resulta de crer-se no que não é, tratando-se, porém, de ignorância de fato (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de janeiro de 1950, 189/722); que, positivo ou negativo constituiria impedimento matrimonial (4ª Câmara, 16 de outubro de 1947, 171/565, confirmativa de sentença do Juiz R. F. Ferraz Sampaio: "A boa-fé consiste — segundo Poices DE

MIRANDA **—** na ignorância, por parte de ambos os espo505; ou de um só deles, da existência de causa impeditiva.").

3.

Prova de má-fé. A prova de má-fé é a de que o outro cônjuge conhecia a causa da nulidade ou da anulabilidade, e não basta o *dever ter* conhecido (Otto Warneyer, *Kommentar,* III, 534), nem se pode pensar, aqui, em "dolo eventual". Temos, pois, que o dever ter conhecido não exclui a boa-fé do cônjuge que invoca a putatividade. O conhecimento sem dolo basta. Também o conhecimento de diferentes causas de nulidade ou de anulabilidade, de modo que um ignorasse o que o outro sabia e aquele soubesse o que esse ignorava. O erro de direito não basta.

§ 827. Efeitos do casamento putativo

1.

Extensão dos efeitos. O casamento putativo é capaz de todos os efeitos que seriam efeitos de um casamento válido. A ficção coincide, na sua extensão, com a realidade. E isso o que quer a lei, na esteira da d

teoria que nos vem do direito canônico. Não foi sem intuitos de

solução doutrinal (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* IIII, 520: "Les effets civils du mariage l"étendent partout dans le droit; et nous les retrouvous, à chaque pas, dans toutes les matiêres") que o Código Civil usou das expressões "todos os efeitos civis 2. *Direito ao nome.* A primeira Na redação anterior, dizia o art. casamento, "com os apelidos do panheira, consorte e auxiliar nos questão que surge é a do nome. 240 que a mulher assumia, pelo marido", a situação de sua com- encargos da família e, na redação atual, que ela, com o casamento, pode acrescer aos seus os "apelidos do marido". O Código Civil suíço resolveu, por preceito expresso, pela negativa (art. 134): a mulher, que contraiu casamento, de boa-fé, retoma o nome de família que antes possuía. Não há, no direito brasileiro, regra semelhante, que constitui derrogação aos princípios com que se urde a teoria do casamento putativo. No direito brasileiro, a mulher que adquiriu, casando-se, o nome do marido, não no perde com o casamento putativo (cf. Paul Bauer, Namenrecht der Ehefrau nach Nichtigerklãrung der Ehe, *Das Recht,* IX, 525; Thiesing, Das Namenrecht der Ehefrau bei Nichtigkeit der Ehe, IX, 612 s.). Dir-se-á que o art. 221 só se refere a efeitos civis *até o dia da sentença anulatória.*

O nome é direito que se adquire, como qualquer outro, — não é um efeito que dependa de cada dia. Quem, alguma vez, adquiriu o direito a usar de um nome, o fez seu, e só *o* perde por expressa disposição de lei. E o caso do art. 17, *pr.,* da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, onde se estatui que "vencida na ação de separação judicial (art. 59, *caput),* voltará a mulher a usar o nome de solteira."

Cedo, a mulher que se casou *nulamente,* à diferença da mulher que se casou com eiva de anulabilidade, não adquiriu o direito de usar o nome do marido: pronunciada a nulidade, não há pensar-se em perda, porque é preciso ter-se o direito, para que se perca. Mas, declarado putativo esse casamento, o uso efetivo do nome foi legítimo, em virtude da putatividade. A mulher não continua a usar dele, indevidamente; passa a *tê-lo* usado, com direito a isso, no passado e, *se quer,* no futuro.

3. *Bigamia.* Um homem casado obtém casar-se de novo com outra mulher, que ignorava a existência do casamento anterior do seu noivo. A segunda mulher é, também, mulher dele, — *dum ipsa coniunx ipsius legitima putaretur.* Há duas mulheres legítimas *e* a segunda nem comete

adultério, nem são ilegitimas as relações sexuais antes da anulação. Só após a decretação de nulidade, ou da anulação, com os efeitos legais, é que se tornam ilegítimas as relações sexuais que dai em diante houver com o homem casado com quem se casou, não concebidos na constância do casamento os filhos gerados e adultério a cópula com aquele com quem se casou, pois que casado é e já o sabe casado. Se, ao tempo da celebração, estava de boa-fé e o casamento foi registrado, enquanto não se der a decretação de nulidade, ou da anulação, a sociedade conjugal persiste. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto à mulher bígama.

4. Indenização. Se o marido estava de má-fé ao casar-se, cabe àmulher o direito de pedir indenização por todos os atos que praticou, na qualidade de chefe da sociedade conjugal, pois, a respeito dele, o casamento não teve os efeitos civis do casamento válido. Em conseqüência disso, não cabe ao marido ação para anular os atos da mulher quando sem seu assentimento. Se houve separação judicial antes da sentença que julgou nulo, ou anulado, o casamento, considerando-o putativo em relação a ambos, ou a um dos cônjuges, a pensão alimentar fixada para o sustento da mulher inocente e pobre é devida, até que seja registrada a sentença que decretou a nulidade, ou anulou o casamento. A respeito do inocente, os efeitos civis são totais, de modo que a separação judicial ocorreu como ocorreria se válido fosse o casamento.

Depois de registrada a sentença *constitutiva* de nulidade, ou anulação do casamento, não mais é possivel pensar-se em dever de mútua assistência, nem de fidelidade recíproca, nem em vida em comum no domicilio conjugal, nem em alimentos em virtude do matrimonio.

Cessada a causa dirimente, os que foram declarados cônjuges putativos, ou o de boa-fé e o de má-fé podem contrair matrimônio *e* então a realidade *continuará* a ficção. Há, porém, *ex novo,* tudo que depende de acordo, embora só a partir do novo casamento. Assim, os cônjuges decidem quanto ao regime de bens que há de vigorar.

5. *Bigamia e declaração de putatividade.* Se morre o cônjuge bígamo antes de se registrar a sentença *constitutiva* da nulidade do casamento, ou de anulação, há duas mulheres, ou dois maridos, com direito à sucessão, desde que se trate de casamento putativo. Não é possível

afastar-se a segunda mulher, ou o segundo marido. Aubry e Rau recorreram a expediente, que também lembrara a outros juristas franceses: a primeira d

mulher tem a metade dos bens, deduzidos aqueles com que a segunda mulher entrou para a comunhão, e uma parte proporcional aos bens que ela trouxe para a comunhão dos adquiridos depois do segundo casamento; a segunda mulher, de boa-fé, tem direito à outra metade, deduzindo-se os direitos da primeira mulher, ficticiamente liquidados no dia da celebração do segundo casamento, e uma parte proporcional aos bens adquiridos depois dessa época.

Não é preciso recorrer-se a tanta complicação. Com a primeira mulher houve comunicação dos bens, quer adquiridos antes, quer adquiridos depois do segundo casamento. O que se tem de dividir é o que o marido deixou. O de que o marido era dono, em separado ou em comunhão com a primeira mulher, dele era, e comunicou-se à segunda mulher. Quanto aos adquiridos depois do segundo casamento, comunicaram-se eles, em virtude da ficção mesma do casamento putativo, com as duas mulheres; portanto, nos adquiridos, cada mulher teve a metade completa dos bens porque o marido tinha, em separado ou em comunhão com a outra mulher, ficando sem bens quem, em verdade, se obrigara pelo duplo.

Quanto à herança, nada há de extraordinário. Verifica-se *o* que constituía patrimônio do cônjuge falecido. É

isso que se vai transmitir *causa mortis.* Como existem duas mulheres, ambas herdam, em partes iguais. A ficção continua a exercer a sua atuação, por força da lei. E o mesmo raciocínio havemos de fazer no caso de dois, três ou mais casamentos declarados putativos.

Em virtude da comunhão que se deveria dar com a segunda mulher, o marido não recebe bens adquiridos durante o segundo casamento. Quem comunicou metade e mais metade ficou sem bens. A dificuldade surge com o terceiro casamento, declarado putativo; mas ai o marido *teve* a metade dos bens adquiridos após a celebração do terceiro casamento, e *duas* metades se comunicaram. A terceira mulher tem ação para haver do marido o valor de tal metade ao tempo da decretação de nulidade ou da anulação do casamento, ou da morte do marido.

6.

Pactos antenupciais e promessas feitas. Quanto aos pactos antenupciais, o cônjuge de má-fé é adstrito ao cumprimento das promessas feitas (art. 232, III). Não assim o cônjuge de boa-fé. Resta saber-se se o cônjuge de boa-fé tem *a)* direito de escolher entre o pacto antenupcial e a sua não-execução, ou *b)* se lhe cabem todas as vantagens do pacto antenupcial, excluídas as desvantagens que não sejam condições daquelas, ou *c)* se o pacto antenupcial é respeitado.

Claro que, diante do art. 232, não se pode pensar na terceira solução. Toda a discussão tem de ser quanto às duas primeiras. Certo, o cônjuge de boa-fé não pode tomar o casamento como putativo só em parte, mas isso nada tem com a questão de interpretação dos arts. 232, III, e 221. Alguns sistemas jurídicos possuem regras jurídicas especiais aos efeitos patrimoniais. O Código Civil alemão, por exemplo, no revogado § 1.345 (cp. o

§ 26 da Lei de 20 de fevereiro de 1946, *Ehegesetz),* disse que, no caso de ser conhecida de um dos cônjuges a causa invalidante, o outro *pode* **(—...** kann der andere Ehegatte"), salvo se a nulidade também era dele conhecida, pedir, após a decretação de nulidade, que as relações de ordem patrimonial sejam reguladas como se o casamento tivesse sido dissolvido à época da decretação da nulidade. E, assim, solução do primeiro tipo (escolha). No próprio direito alemão discute-se a natureza de tal escolha: direito de opção *(Wahlrechtt),* ou *facultas alternativa.* No sentido de opção, porque a *facultas alternativa* supõe o devedor, e não o credor, está E. Endemann *(Lehrbuch,* 8ª~9ª ed., IV, 172, texto e nota 33); por uma *facultas alternativa,* ou por um poder alternativo, a quase totalidade dos escritores (A. Wieruszowski, *Handbuch des Eherechts,* 11, 16; Th.

Engelmann, Familienrecht, *J. v. Staudingers Kommentar,* IV, V parte, 125).

7.

Diferenças entre o direito brasileiro e *outros sistemas jurídicos.* Por influência de sistemas jurídicos que se distinguem do direito brasileiro, introduziu-se em alguns escritores brasileiros interpretação do art. 221, que pretende exista, a favor do cônjuge de boa-fé, a *facultas alternativa.* Nada mais contrário à letra dos arts.

221 e 232 do Código Civil. Nesse, não se disse que o cônjuge de boa-fé *pode* exigir o cumprimento das promessas, que lhe fez o outro cônjuge, no contrato antenupcial. Os que o lêem como se adotasse a faculdade alternativa, ou a opção, não prestam atenção à diferença existente entre o princípio do Código Civil alemão, §

1.345, e o do Código Civil suíço, art. 143, que não possui faculdade alternativa, nem direito de opção. O

Código Civil brasileiro seguiu as pegadas do último, que contém, *de lege ferenda,* a melhor solução. ~Como haveríamos de apontar a *facultas alternativa,* ou a opção, *se o* art. 221 diz que, embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé, o casamento *produz* todos os efeitos civis até *o* dia da sentença, em favor do cônjuge de boa-fé, ou de ambos, se ambos o forem, e o art. 232 estatui que, no caso de culpa de um dos cônjuges, "este incorrera na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente (art. 232, 1); e na obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez, no contrato antenupcial (art. 232, III)?

d

Quando qualquer lei diz que alguém incorre, ou incorrerá, em alguma penalidade, a sua incidência não depende de qualquer ato *posterior* à culpa do beneficiado, ou de outrem. Não cabe pensar-se em qualquer *facultas alternativa,* ou em qualquer direito de opção. No caso que ora nos interessa, sobreleva a razão de ser reputada melhor do que a solução alemã, pelos próprios autores alemães (Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, 2ªparte, 97), a solução adotada pelo direito civil suíço e pelo direito civil brasileiro. Forçar o texto a dizer coisa inferior ao que ele diz é processo de exegese que os métodos de interpretação e o bom-senso mesmo repelem.

O cônjuge culpado fica obrigado, em virtude do art. 232,11, a cumprir as promessas, que fez ao outro cônjuge, no contrato antenupcial, mas, se disso lhe advêm vantagens, perde-as ele, por determinação explicita do art.

232, 1. Para se dizer que, quando reclama o que lhe cabe em virtude do contrato antenupcial, o cônjuge de boa-fé não pode cindi-lo para pedir a execução do que lhe é favorável e a rejeição do que não lhe é favorável, tem-se citado o *Tratado de Direito de Família,* na 1ª edição, sem transcrição de texto. Nem isso estava em nosso livro, nem o Código Civil permite outra interpretação que aquela que sempre lhe

demos. Basta que se leia o art. 232, para se ver que o cônjuge culpado não tem direito de exigir as promessas, que lhe fez, no contrato antenupcial, o cônjuge inocente, e, ainda mais, perde as vantagens que tiver dele havido. *Dura lex,* mas é o que está escrito.

Quanto às doações *propter nuptias,* feitas por terceiros, realiza-se, quanto ao cônjuge de boa-fé, a condição a que estavam subordinadas, em virtude da putatividade. Quanto aos filhos, desde que um dos cônjuges seja declarado de boa-fé, não cabe falar-se em caducidade.

As doações feitas pelos cônjuges, um ao outro, ou ao tempo do noivado, são válidas; e pode o cônjuge de boa-fé reclamar-lhes a execução, se feitas a favor dele. Não as pode exigir *o* cônjuge de má-fé e perde as que houver recebido, porque isso resulta do art. 232, 1. Em toda essa matéria, é perigoso invocar-se a legislação estrangeira, ou a doutrina estrangeira, dada a sutileza da letra, clara, incisiva, do Código Civil brasileiro.

8. Regime matrimonial. Os efeitos do regime matrimonial, no casamento putativo, são os efeitos do casamento válido. Onde há completa separação de bens, as questões são nenhumas. Onde há comunhão universal de bens, ou comunhão parcial de bens, ou simples comunhão de alguns bens, cumpre que se distingam as duas hipóteses, que a lei suscita: *a)* se a boa-fé era de ambos, dissolve-se, como de ordinário, a comunhão que haja, e cada cônjuge recebe a metade, que lhe caberia, se morresse o outro (mis. 267, III, e 221); b) se a boa-fé só era de um, os efeitos do casamento apenas aproveitam a esse, de modo que tem ele a metade dos bens do outro que, em virtude do regime de bens, lhe caberiam, se válido fosse o casamento; porém o cônjuge culpado não tem a metade dos bens do cônjuge de boa-fé, pois a lei estatuiu que, sendo anulado o casamento por culpa de um dos cônjuges, incorrerá esse na perda de todas as vantagens havidas do outro (inc. 232, 1), e é isso o que também resulta da própria teoria do casamento putativo. Na hipótese de ser dotal o regime, se a culpada foi a mulher, tem o marido o direito de perceber os frutos do dote (Corte de Apelação de Catânia, 17 de fevereiro de 1882, *Raccolta di Giurisprudenza Italiana,* III, 236).

Os tribunais ás vezes dizem que, no casamento putativo, os bens se partilham na forma do regime adotado, mas está claro que isso só se dá se ambos os cônjuges estão de boa-fé (Tribunal de Justiça de São

Paulo, 21 de maio de 1930, *RT* 74/331); se um apenas mereceu a declaração de putatividade, o regime vige quanto a ele, perdendo o outro cônjuge todas as vantagens que lhe advierem da sociedade conjugal. Esse é que é o sistema da lei brasileira.

Se o cônjuge era casado e o casamento foi julgado nulo por bigamia, havendo no primeiro comunhão de bens, os bens que restaram ao marido, após a comunicação com a primeira mulher, se comunicam com a segunda, e tem essa o direito de haver do cônjuge de má-fé os bens assim comunicados. Ocorre o mesmo se culpada a mulher e de boa-fé o marido, uma vez que tenha sido considerado nulo o casamento por bigamia.

Assim, se A se casa com B, tendo A cem mil reais em bens e E cinquenta, cada cônjuge passou a ter setenta e cinco mil reais. Se A se casa (bigamia) com C que tem trinta mil reais, e, no processo de nulidade, é declarado putativo, só a favor de C, tal casamento. C passou a ter cinquenta e dois mil e quinhentos reais, no dia em que se casou. Se A adquire mais cem mil reais em bens, tais bens passam a ser metade de B e metade de C. Se A adquire, depois do terceiro casamento, uma casa no valor de cem mil reais, essa casa passa a ser metade de E e metade de C, devendo A a D cinquenta mil reais pela metade que lhe deveria caber pela comunicação. Não há outra solução que seja certa e justa. Salvo se D *também adquiriu* a casa, como outorgada.

d

9. *Em relaçâo a terceiro.* Em relação a terceiros, o cônjuge de boa-fé pode opor a existência da hipoteca legal, pleitear a anulação dos atos praticados pelo outro cônjuge, sem o seu assentimento. O cônjuge de má-fé não pode pleitear a anulação dos atos

praticados pelo outro sem o seu assentimento, porque, para ele, o casamento não mais existe, uma vez que lhe foi decretada a nulidade, ou pronunciada a anulação.

10. *Parentesco.* Do casamento nulo resulta somente parentesco que se concebe não-procedente de casamento porque ele não éeficaz, mesmo

in *praeteritum.* Do anulado fica o vinculo de um parentesco procedente de casamento só em relação aos filhos, de modo que a afinidade será tida como não-procedente de casamento.

Sendo, porém, putativo, quer se trate de nulidade, quer de anulação, ambos serão vistos como procedentes de casamento: o parentesco consangúineo e *o* afim (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* 113: "Art. 165. Quando não for putativo, só haverá parentesco por afinidade ilegítima"; Código Civil, mis. 221 e 339). Os filhos, pois que são considerados concebidos na constância do casamento em relação a ambos os cônjuges, sucedem também ao cônjuge de má-fé e aos seus parentes, como se o casamento fora válido (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 56). Podem ter o nome dos pais (C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* IIII, 540); sucedem uns aos outros; e, se algum dos filhos for falecido, a concepção na constância do casamento putativamente válido também aproveitava, já no direito à pré-exclusão das designações discriminatórias da filiação, aos seus descendentes (Código Civil, arts. 221, 229, 354).

Lê-se em C. Demolombe (IIII, 540): "No interesse dos filhos, o casamento putativo produz os efeitos do legítimo, não somente perante o cônjuge de boa-fé como em relação ao de má-fé: a legitimidade é direito absoluto que não pode ser cindido e não se conhece a meia-legitimidade, nem a meia-capacidade de suceder." Já estava em Paleoto *(De Nothis spurIIIsque FilIIIs,* 63 e 68) que a putatividade aproveitava aos filhos.

11.

Sucessão. Por influência de legislações que não davam ao pai o direito de suceder ao filho quando concebido fora do casamento, concluía-se que, sendo ele cônjuge de má-fé, não herdaria dos filhos, acrescentando alguns, incompreensivelmente, que o avô, pai do pai de má-fé, ou de mãe de má-fé, herdaria.

Quanto à sucessão do pai de má-fé, não era assente a doutrina do direito anterior. Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de Uso Prático,* III, 147) examinou a controvérsia e concluiu que o cônjuge de má-fé sucede ao filho como esse àquele. Contra, manifestava-se Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 56).

No estado atual do direito brasileiro, tanto o descendente concebido fora do casamento tem direito à sucessão do ascendente, como, independentemente da concepção na relação de casamento, ou não, tem direito o ascendente à sucessão do descendente (art. 1.610). E, assim, regra de direito sucessório, que independe da legitimidade verdadeira ou ficta do casamento, bem como de ter existido ou não ter existido casamento.

O direito de família não diz que o cônjuge de má-fé perde os seus direitos oriundos do parentesco natural; o que ele diz é que, em relação ao cônjuge de má-fé, os efeitos civis do casamento não se produzem. O que se tem de discutir é se, morto o filho, os pais, um de boa-fé e outro de má-fé, sucedem em partes iguais. Aqui, caberia interpretar-se o art. 1.610, antes da regra jurídica constitucional do art. 227, § 6ª: segundo ele, o ascendente herda o que o descendente herdaria; se o filho fosse "adulterino" e concorresse com outro filho

"legítimo", só lhe caberia metade, quando reconhecido após dissolução do casamento, porém nenhuma aplicação teria, em tal caso, a analogia. O que se haveria de indagar é se o pai, ou a mãe, de má-fé no casamento, podia reconhecer o filho, porque, se podia, com ou sem a putatividade, o parentesco natural estaria firmado e herdaria como herdaria qualquer ascendente. Se o casamento foi julgado nulo por bigamia e o pai não podia reconhecer o filho, então direito não tinha à sucessão. O mesmo raciocínio havíamos de fazer em relação ao casamento nulo por incesto (Código Civil, arts. 358, antes da revogação pela Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, e 1.605, *pr* e § 2ª, antes da revogação pela Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, e § 1ª, antes da revogação pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 54). A despeito de opinião corrente na doutrina brasileira, tal devia ser a solução: se havia reconhecimento válido, havia herança, porque parentesco natural existia.

A doutrina antiga já era no sentido da vocação sucessória, dos filhos do casamento putativo, ainda quando um só fosse considerado *in bona fide* (Glúck, *Pandekten,* 2ªed., 1, 101; 3C Câmara da Code de Apelação do Distrito Federal, 29 de maio e 6 de outubro de 1930, *RD* 100/159-161): herdam eles de ambos os pais e mais d

ascendentes, e dos colaterais, como filhos, concebidos na constância do casamento, que são. Com a Constituição de 1988, art. 227, § 6ª, operou-se a extinção do discrime entre filho legitimo, filho legitimado,

filho adotivo e filho ilegítimo, seja o natural — reconhecido ou não-reconhecido —„ seja o adulterino, seja o incestuoso. Todos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são filhos com os mesmos direitos e qualificações, e *o* direito constitucional veda "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"; portanto, leiamos o art. 1.610 com a diretriz de que o descendente tem *sempre* direito à sucessão do ascendente, e esse, haja ou não relação de casamento, é, também, herdeiro eventual daquele, sem outras qualificações.

12.

Filhos "incestuosos" e filhos "adulterinos", sob o direito anterior. A putatividade aproveitava aos filhos, ainda quando, na qualificação discriminatória do direito anterior, „incestuosos" ou "adulterinos". Os filhos nascidos durante a sociedade conjugal não precisavam ser reconhecidos, pois que o casamento putativo os fazia, dizia-se então, legítimos (Superior Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 5 de julho de 1929, RD

96/214): e os nascidos antes do casamento ficavam "legitimados", como se daria em casamento sem eiva de anulabilidade ou de nulidade.

13. *Afinidade.* A afinidade oriunda do casamento putativo é vínculo que se concebe procedente de casamento.

Na linha reta, não se extingue com a sentença que decreta a nulidade ou decreta a anulação (Código Civil, art.

335). Na linha colateral, perdura com a putatividade, a favor do cônjuge de boa-fé.

Quer sejam de boa-fé os casamentos eivados de anulabilidade, quer não sejam de boa-fé, o vinculo do filho concebido ou havido antes, ou na constância dele, resulta de texto expresso do Código Civil, art. 217. É sem importância, portanto, qualquer discussão em torno dos efeitos do casamento putativo, no tocante aos filhos, quando se trata de casamento anulado: a regra de putatividade é regra de concessão ao cônjuge que foi de boa-fé, e não regra de pena ao cônjuge de má-fé. O cônjuge de má-fé não perde os direitos que teria se a declaração de putatividade não interviesse; o que se dá é que ele sofre as

conseqüências da concessão ao outro. Por isso mesmo, declarado putativo um casamento que se anulou, é o cônjuge de má-fé pai, ou mãe, do concebido ou havido antes ou na constância do casamento anulado. A discussão dos efeitos quanto aos filhos só tinha pertinência, sob o direito anterior, no tocante à" legitimidade" da filiação, quando a putatividade concernia a casamento julgado nulo. Restava saber-se se seriam considerados "legítimos" os filhos concebidos antes da celebração do casamento *nulo,* que foi declarado putativo. Respondia negativamente R. Pothier, porque, segundo a lei francesa, dizia ele, os efeitos civis do casamento putativo começavam da data da celebração. Tal argumento teria servido aos doutrina-dores brasileiros, se antes da Lei nº 3.725, que corrigiu as expressões finais do art. 221 do Código Civil brasileiro. C. Demolombe optava pela afirmativa, mostrando que a "legitimação", de si mesma, é um dos efeitos civis, normais, do casamento.

A controvérsia existiu no direito luso-brasileiro. Leiam-se Correia Teles *(Digesto Português,* p. 66) e Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 197). "Esses impedimentos sao: o que provém do vínculo matrimonial *(ligaminia)* e os que resultarem de parentesco em grau proibido. Não podem, portanto, ser legitimados por matrimônio seguinte os filhos que nasceram do adultério e de incesto." Quanto ao casamento putativo, escreveu (p. 199): "É questão se o matrimônio putativo produz o efeito de legitimar os filhos antes bavidos. Inclinamo-nos à solução negativa, porque a lei equipara o matrimônio putativo ao válido para os efeitos posteriores." Já não pensava assim Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* III, § 204, 315).

Diferente de ambas era a opinião de Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de Uso Prático,* III, 148), que os considerava "legitimados", se sobreveio ou se não havia impedimento ao tempo da geração, e

"não-legitimados" se já existia então o impedimento.

O

Código Civil não dera solução explicita. No *art.* 221 disse que o casamento putativo produz os efeitos

- civis do casamento verdadeiro, e um desses efeitos, como se sabe, era o de "legitimar" os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos (art. 229); no Capítulo sobre filiação, outrora ainda qualificada "legítima", dava ele regra especial sobre "legitimidade" dos filhos concebidos na constância do casamento nulo ou anulado, se contraído

de boa-fé (art. 337, revogado pela Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 10), e nada dizia sobre a legitimação.

Na dúvida, porém, ter-se-ia de preferir, sem fugir do texto legal, a decisão mais favorável: no casamento putativo, eram "legítimos" os concebidos na constância dele, e "legitimados" os filhos comuns, mesmo os que fossem "incestuosos" ou "adulterinos". Essa era, realmente, a melhor doutrina: juridicamente, a "legitimação" não tornava *"legítimo"* o filho *"natural",* isto é, não retroagia à data do nascimento do filho; era, pelo contrário, o nascimento do filho que, por *fictio iuris,* se considerava realizado ao tempo da celebração do d

casamento: *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativitatis legitimae.*

14.

Filhos do casamento putativo e filhos do casamento válido. Quanto aos filhos, a equiparação dos filhos do casamento putativo aos filhos do casamento válido suscita questão de direito inter-temporal: 1jqual a lei que incide, — a do tempo da celebração do casamento, que veio a ser declarado putativo, ou a da data da sentença, ou a da data do nascimento dos filhos? No direito inter-temporal alemão, respondeu-se, com base no art. 207 do *Einfúhrungsgesetz,* que se rege *o* casamento putativo pela lei do momento da celebração. Trata-se de solução de direito escrito. Em verdade, não poderia ser invocada a lei do tempo em que nasceu o filho, pois que se está a resolver sobre o casamento, e não sobre a filiação. Enquanto, porém, não se mostra que é estranha àmatéria a lei da data da sentença, ou qualquer outra posterior ao casamento nulo ou anulável, é de se pensar na suficiência de uma delas; de modo que o problema não é tão fácil quanto pareceu aos demais escritores. Quanto à lei alemã, o art. 207 era dispensável, uma vez que já havia o art. 198 sobre os casamentos nulos e anuláveis.

Onde não há texto expresso, cabe delimitar-se a questão e procurar-lhe a solução científica. Cedo, a nulidade de um casamento ou a anulabilidade não deve ser cancelada pela lei posterior. Mas, aqui, não é de cancelamento de nulidade, ou de anulabilidade, que se trata, e sim de atribuição de efeitos de casamento válido. Tais efeitos são relativos à situação *que existe* (casamento inválido -4- nascimento de filho), e não vemos retroatividade em que, *a partir da sua vigência,* a lei nova crie tais efeitos. O casamento nulo era e nulo ficou, decretada,

ainda mais, a nulidade, ou, se anulável, anulável era e anulado, agora, fica, — tudo segundo a lei do tempo em que foi celebrado; mas, enquanto *existiu,* foi um *fato* e podia ser tratado como tal. Se a lei do tempo em que se celebrou tinha os filhos de casamento contraído de boa-fé como filhos concebidos em constância de sociedade conjugal, filhos, nessa condição, são; se não os tinha como tais, e a lei nova assim os considera, a partir da celebração, lei retroativa é; mas, se, em caso idêntico, só os considera nessa acepção a partir da sua data ou depois, não é retroativa: a sorte dela é a de todas as leis atributivas. Não há ofensa a direito adquirido. Se sobre a nulidade ou anulação já se proferiu decisão, que passou em julgado, haver ia ofensa à coisa julgada formal. Se a lei nova nada disse sobre a própria incidência, nem a interpretação obriga a que se entenda de aplicar-se a casamentos anteriores, há de ser entendido que só se reporta aos que de futuro se fizerem. Se colima efeitos a partir da data dos casamentos anteriormente celebrados, é retroativa e *pode* ofender direitos adquiridos.

§ 828. Impugnação da declaração de putatividade

1. *Recurso extraordinário, recurso especial e açâo rescisória da sentença.* Já sem recorribilidade ordinária a decisão que decretou a nulidade do casamento, ou que o anulou, somente pode ser alterada, ou desfeita, em virtude de decisão proferida em *recurso extraordinário, ou recurso especial,* interpostos, no prazo legal, para o Supremo Tribunal Federal, ou para o Superior Tribunal de Justiça, ou por *ação rescisória.* Há, em todo o caso, particularidade da declaração de putatividade, que merece estudo.

O casamento já julgado por nulo ou anulado, com efeitos de casamento putativo, pode ser objeto de novo processo de nulidade ou de anulação, pois é possível o interesse em se pronunciar a nulidade ou em se anular o casamento por outro motivo. A casou com B e o casamento foi anulado, sendo declarado putativo a favor de E. Descobre-se, depois, que E já era casado e promove-se a ação de nulidade, na qual, provada a má-fé de B *, cessam os efeitos da putatividade.* Toda declaração de putatividade é se e enquanto não se decreta a nulidade ou não se anula o casamento por outro motivo. Aliás, a utilidade de nova ação diz respeito, não só à putatividade, mas a outros efeitos que se reconheceram ao casamento anulado, como a concepção dos filhos na constância dele. Se assim não se

entendesse, os cônjuges poderiam conluiarse para obtenção da putatividade ou da vinculação dos filhos comuns nessa acepção quando o vicio do casamento era maior, qual, por exemplo, a bigamia conhecida de ambos. Se o casamento foi considerado nulo, sem efeitos de casamento putativo ou anulado, sem haver filhos, não mais se lhe pode pretender a decretação de outra nulidade, ou que se tenha por anulado, porque nada mais há de casamento. Se foi julgado nulo com efeitos de putativo, a declaração de putatividade é atacável em outra ação de nulidade ou de anulação, porque ainda há a ficção de um casamento.

A matéria do reconhecimento dos filhos que, no direito antenor, se qua]ificavam „adulterinos", sofreu a atuação do texto constitucional de 1937, art. 126, e das leis posteriores, principalmente, hoje, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, a Lei nÕ 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984, a Lei nº 7841, de 17 de outubro de 1989, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n0 8.560, de 29

de dezembro de 1992. O essencial é saber-se que os arts. 358 e 1.605 estão revogados.

2. *Natureza da decisão sobre putatividade.* A parte da sentença que declara putativo o casamento é — no d

direito brasileiro — *declarativa,* se bem que incrustada em sentença *constitutiva negativa* de nulidade ou de anulabilidade do casamento.

Capítulo IIII

Divórcio e Separação Judicial

§ 829. Conceito de divórcio e de separação judicial

1. *"Divórcio" e "separação judicial".* A fim de evitar a impropriedade da palavra "divórcio", que ainda fora usada pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, empregara o Código Civil, para designar a dissolução da sociedade conjugal, se válido o casamento, o vocábulo "desquite". A expressão "divórcio", na linguagem vulgar e na

terminologia jurídica, manteve os dois sentidos, um das fontes romanas, outro das fontes canônicas. No sentido romano, em que foi utilizado na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, arts. 2ª, parágrafo único, 2ªparte, e 24, *pr.,* divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, com a conseqUente habilitação dos cônjuges para contrair novas núpcias; no sentido canônico, em que foi utilizado na Lei nº

6515, art. 2ª, IIII, simples separação *de* corpos, subsistindo o vinculo matrimonial, *foedus matrimonIII.*

A expressão "desquite", peculiar ao direito brasileiro, levou alguns juizes a conceituarem a *separa çáo judicial* de que cogitava *o* Código Civil, art. 315, IIII, como só existente no Brasil, donde, por exemplo, a concepção de não se dever conceder o desquite de cônjuges estrangeiros. Tudo isso destoava da ciência.

Certo, ainda quando um sistema juridico se inspira em outro, é difícil ocorrer a equivalência dos institutos.

Mas o desquite é a separação judicial sem quebra do vinculo e onde se permita a separação judicial se permitiu, com outro nome, o desquite. Os *pressupostos* e a *eficácia* é que hão de ser os da lei pessoal. Durante algum tempo, o Supremo Tribunal Federal, que sempre foi fraco e confuso em matéria de direito internacional privado, acolheu a negativa aos desquites de estrangeiros; mas, depois de algumas criticas insertas em julgados da Justiça local do Distrito Federal, acabou por atender a que as diferentes reparações judiciais dos sistemas estrangeiros e o "desquite" do direito brasileiro se classe das separações judiciais sem quebra subsumiam na do vínculo.

Na Lei nº 6.515, art. 2ª,IIII, a expressã0 *separação judicial* designa a dissolução da sociedade conjugal, conservando-se o vínculo *(Joedus matrimonIII).* Corresponde ao *divórcio canônico,* que se superiJusera, no tempo, ao *divorcio romtino.* A indissolubilidade do vinculo, onde se mantém nº5 formas 1brídicas, perdeu quase toda a significação, sob a complacente atitsde de tolerância com que os crentes aceitam a hipocrisia das anblações de casamento (Lei ne 6.515, art. 2ª, III, 2ªparte) A sua conservação é um dos índices de que a personalidade humana está em decadência nesses países; o favorecimento das anufrções a recepção desses casamentos nos meios ditos católicos, é indice de quanto a hipocrisia constitui a base da sociedade Política. E

grave o dano, que advêm disso, e tão profundas as ~ que os povos imperialistas protestantes prestigia todos o~

movimentos a favor do vínculo nos povos de cuja desirdem ecológica e econômica tiram proveito. A política alemã ou Itália, antes da guerra e provavelmente depois, ordenava que se combatesse, fora da Alemanha, a adoção da lei do divórcio Sobre a história do divorcio católico, *Direito de Família,* 2ªedição 4ª, e 3ª edição, I 412-419. Desde 1977, com a Emenda Constitucíonal nº 9, de 28 de junho, que alterou a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 175, § 1ª, o Brasil tem o divórcio.

2. *Monogamia e divórcio.* Primitivamente, quando monogamicas as uniões, posto que transitórias, o *fato* de divórcio era vulgar. Mas uma coisa é o fato do divórcio e outro o ato jurídico, disciplinado pelo direito e sujeito à aparência perante alguma autoridade, ou à exigência de certas formalidades É de crer-se que os primeiros pressupostos do divórcio eram poucos, sendo a esterilidade o principal. A ligação entre a coabitação e a concepção sugeria aos homens que tinham relações seNuais com uma mulher esperarem, como inevitável e neqessária ctnseqúência o nascimento de um filho. Se isso não acontecia, por vezes se chegava ao sacrifício da mulher. Nas leis de Manu, era repudiável a mulher estéril durante oito anos de casada. Também o eram aquelas cujos filhos morriam, de ordinário, ao nascer, e as que durante onze anos só geravam filhas. Na Grécia, praticava-se o repúdio da mulher estéril. O repúdio aparecia sempre que havia casamento. Assim entre os Judeus, os Romanos e os povos germânicos. Em Roma, desde a fundação, existiu o divórcio, com o repúdio da mulher por certas razões graves. A esterilidade era uma delas. Com o desaparecimento crescente da *manus* e a transformação ou empalidecimento dos costumes, tornaram-se frequentes os divórcios, surgindo o divórcio *Lona gratia,* ou pela vontade dos cônjuges. A mulher passou a poder requerê-lo, excetuada a liberta que fosse d

casada com o patrão. Para facilitar a prova do repúdio, a Lei Júlia, ao tempo de Augusto, apenas exigia que o cônjuge notificasse ao outro a sua vontade de divorciar-se perante seis testemunhas, oralmente, ou por ato escrito, que havia de ser remetido por liberto.

3. *A Igreja e* o *divórcio.* Durante séculos, teve a Igreja de transigir com o divórcio. O direito romano do Alto-Império conhecia três causas de dissolução do casamento: a morte, o divórcio e a escravização. Não se exigia a intervenção do juiz. Também nos costumes germânicos

encontrou a Igreja o divórcio, com o repúdio livre e sem causa justificada, cabendo, quando muito, composição aos parentes, pois que a mulher repudiada a esses voltava. Entre eles, a catividade dissolvia o casamento. E é de notar-se que os reis cristãos, reagindo contra tal direito, mais se preocuparam com a *simetrização,* na esteira do propósito cristão de igualdade do homem e da mulher. Foi dos Romanos que os costumes germânicos receberam o divórcio por mútuo consentimento.

Compreende-se que, em contacto com tais povos, tenha sido renhida a luta da Igreja, tanto mais quanto, dentro dela, havia quem procurasse fundar no Evangelho o divórcio, pelo menos em casos de adultério. Em verdade, porém, o principio da indissolubilidade ficou ligado à legislação e à jurisdição da Igreja católica sobre o casamento, embora contra a tradição passada.

4.

Cristianismo e lei judaica. Nos primeiros tempos, a repulsa ao divórcio marcou a linha divisória entre o Cristianismo e a lei judaica — a despeito da passagem do Evangelho segundo São Mateus — que parece

excetuar a regra da proibição, permitindo ao marido repudiar a mulher adúltera. Trata-se de texto controverso, sobre cuja tradução mesma há dúvidas. Não cabe neste livro o histórico do choque de doutrinas, dentro da Igreja, durante séculos. No meio de todas as transigências, que lhe pareceram inevitáveis, o que se vê na doutrina da Igreja é o fio do principio da indissolubilidade que marchou, até que se caracterizasse em fórmulas nítidas, como as que já se vêem nos séculos IX e X, a despeito de um Fulbert de Chartres, que permitia ao marido contrair novas núpcias, se a mulher adúltera entrava em convento, e de um Yves de Chartres, que ainda reconhecia a dissolução do vínculo conjugal pelo adultério.

Na prática, longo tempo permaneceu o uso do repúdio pelos cristãos. Os imperadores cristãos não aboliram o divórcio, satisfizeram-se com penalidades, se bem que, por vezes, a sanção consistisse na incapacidade de convolar a novo casamento. A certo momento, duas legislações paralelas coexistem, a do Estado e a da Igreja, de ordem disciplinar. No século V, o Concilio de Cartago pediu lei imperial que impedisse o novo casamento dos divorciados. No século IX, Hincmar de Reims (De divorcio LotharIII et Tetbergae, Migne, *Patrologie,* 125,

655) entendia que os juizes seculares só devem admitir duas causas de *separa tio,* mas dever não é ser e não bastam as ameaças de que os Cristãos hão de ser julgados, no dia de juízo, segundo as leis romanas, sálicas ou gombetas: "... si Cristiani sunt, sciant se in die iudicIII nec Romani, nec Salicis, nec Gundobadis, sed divinis et apostolicis legibus iudicandos".

Por outro lado, a Igreja mantinha e sustentava o repúdio do cônjuge que continuava infiel, ou se o autor se convertesse, posto que aconselhasse não se chegar a esse ponto. Graciano e Pedro Lombardo profligaram tal doutrina, atenuando-a e negando ao repudiante o novo casamento. Com a mesma feição dirimente do novo casamento, foi o direito das Decretais. Numa época de fusão e contactos entre povos de religiões tão diferentes (Judeus, Eslavos,Escandinavos, Filandeses, Muçulmanos), compreende-se a transitória atitude da Igreja a respeito do casamento dos infiéis.

5. *Graciano e Pedro Lombardo.* No século XIII, com Graciano e Pedro Lombardo, fixou-se a doutrina canônica sobre o divórcio. Os dois argumentos a favor do divórcio por causa de adultério eram passagem de Ambrósio, que Graciano considerou apócrifa, como também Lombardo, e a carta de Gregório III a Bonifácio, a que Lombardo não se referiu, porém que foi considerada por Graciano como contrária aos cânones. A catividade constituiu, tão-só, causa de nulidade resultante do *error condicion is.* Por outro lado, os textos que autorizavam o divórcio em caso de impotência foram aproveitados na teoria dos impedimentos matrimoniais *(impedimentum impotentiae),* o que revela, de si só, descoberta técnica. Aliás, em Graciano, percebe-se, claramente, a transição. Seria erro crer-se, todavia, em pura doutrina e em prática impecável, durante os séculos XIII e seguintes.

O

divórcio acabou por ser eliminado, definitivamente, no direito canônico ocidental, excetuados os casos de dissolução do *matrimonium non consummatum* e o *casos apostou.* Ainda assim, a palavra "divórcio" subsistiu, às vezes designando, equivocamente, a ação de nulidade de casamento, ao mesmo tempo que o divórcio *quoad thorum et mensam.* Foi sem frutos ter um Pedro Lombardo insistido na fixação do outro termo, *separatio,* que abrangeria a *separatio corporalis,* que é a separação de corpos, o desquite, e a *separatio sacramentalis,* ou separação quanto ao sacramento, que só se dá com a morte. Rolando,

que chamou a atenção para os dois vinculos oriundos do casamento, um ligado à vida, outro ao dever conjugal, persistiu no emprego d

da palavra *divortium.*

6. *Protestantismo e casamento.* Os protestantes recusam o caráter de sacramento ao casamento. Para eles, são três, tão-só, os sacramentos: o *batismo,* a *eucaristia,* a *ordem.* Lutero, de 1519 em diante, foi-se afastando da doutrina católica. Calvino, em 1536, foi claramente contra ela, indo ás conseqüências últimas, inclusive a da incompetência das jurisdições eclesiásticas para as causas matrimoniais. Para esse, são quatro as causas de divórcio: *dispa ritas cultos,* incompatibilidade de temperamento *(non convenientia in conversatione),* longa ausência, adultério. Para Lutero, a despeito de reconhecer ao estado de casamento alto valor de ordem religio -

sa, "ninguém ignora que seja o casamento coisa exterior e mundana, como as vestes, os alimentos, a casa...

7.

Concílio *Tridentino.* No Concílio de Trento, a questão do divórcio voltou à discussão: a passagem do Evangelho segundo São Mateus, o divórcio por adultério da mulher, que longa prática admitia, foram ponto s de grandes dificuldades entre os doutores, sendo que Diogo de Sarra reconhecia que o texto de São Mateus era a favor do divórcio. Houve quem propusesse o cânon do anátema contra aqueles mesmos que sustentassem a legitimidade do divórcio, ao que se respondeu que a Igreja mesma, em vários momentos, o tolera. Ainda mais, que nos textos da Escritura o impedimento aparece como impediente, porém não como dirimente. O cânon definitivo permitiu posteriores discussões sobre se tratar, ou não, de dogma. Como, por aqueles tempos, ainda não se caracterizara, suficientemente, a simetrização dos sexos, a que aliás, em parte, nesse ponto, a Igreja serviu, houve quem pretendesse manter a distinção entre o varão e a mulher. Quando Hilarus e Ostunense, no caso de adultério, permitiam romper-se o vinculo a favor do marido, não, porém, da mulher *(nec Jit aeqoa Iex viri et luxoris, guia, viro Jornicante, uxor non poterat alium contrabere, sed, uxor Jornicante, viro poterat alium ducere),* eram *reacionários* de outrora, como os de hoje, que pretendem diferenças de direitos entre os sexos. No estado atual do direito canônico, a

indissolubilidade do casamento é ligada ao *matrimonium ratum ac consommatum;* pode dissolver-se o casamento somente *ratum,* pela autoridade da Igreja. Por outro lado, a dissolução do vinculo pela entrada em religião de um dos cônjuges, bem como a organização da *conversio coniugatorum,* depende de intervenção da Santa Sé. No *Codex lo ris Canonici,* constituem categorias distintas a separação de corpos com a causa de adultério e a separação de corpos em virtude de causa diversa.

8. *A separação judicial supõe a existência do casamento.* A separação judicial supõe a *existência* do casamento. Enquanto não se declara a inexistência, ou não se decreta a nulidade do casamento, ou não se dá a anulação, se é inexistente, ou nulo, ou anulável, é possível a separação judicial. Ao juiz da separação judicial não é dado, salvo em reconvenção, decretar a nulidade, ou pronunciar anulação. Não assim, se se trata de *matrimoniom non existens.* Então, cabe-lhe recusar-se a decidir a separação judicial, quanto ao mérito, declarando antes a inexistência. Toda a ação de separação judicial, que é ação constitutiva negativa, a despeito da forte dose de condenação (exceto na separação judicial por mútuo consentimento), leva consigo, implicito, ponto prejudicial de existência. Dai terem os que o promovem a separação judicial de provar a existência do casamento (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 26 de novembro de 1925; Corte de Apelação de São Paulo, 25 de julho de 1934). Se não está junta a certidão, ou prova que a supra (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de fevereiro de 1919; 1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 26 de abri! de 1923), é de converter-se o julgamento em diligência, para que o façam as partes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de agosto de 1906), e a qualquer tempo, pendente a lide, pode exigi-lo o juiz. Não há, porém, inconveniente em que, justificada a urgência da separação e certa prova do estado de casados, e esclarecida a dificuldade de ser atendido o despacho, se homologue a separação consensual, ou se profira sentença no processo da separação judicial em que ambos os cônjuges afirmam a existência do casamento. Se, sem prova do casamento, o juiz proferiu a sentença de separação judicial e, após recurso, ou sem ele, a decisão passou em julgado, ou se passou em julgado decisão de outro grau de jurisdição que, provendo ao recurso interposto de sentença denegatória, o concedeu, não constitui tal resolução judicial prova de casamento. Pode ser invocada como um dos meios de prova, na posse de estado de casados.

A ação ou sentença de separação judicial não obsta ao pedido de decretação de nulidade, ou de anulação do casamento, nem a

litispendência da ação de nulidade ou de anulação obsta ao pedido de separação judicial. Se passou em julgado a sentença que decretou a nulidade do casamento, ou que o anulou, não mais se pode pedir a separação judicial: o casamento *não existe mais.* Nem a separação judicial decretada persiste.

Enquanto não transita em julgado a sentença de nulidade, ou de anulação do casamento, é possível pedir-se a separação judicial, ou o divórcio, e julgar-se a ação de separação judicial, ou de divórcio. Sem razão, a 3ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de março de 1943 *(RT* 146/675), que negara desquite por ser nulo o casamento anterior, ainda não-julgada a ação (jcomo sabiam os juizes que seria julgado nulo?).

d

9. *Nacionalidade dos cônjuges.* Ao requererem a separação, seja consensual, seja judicial (Lei nº 6.515, de 26

de dezembro de 1977, art. 39, *in une),* devem os cônjuges dizer qual a nacionalidade. Não é, porém, em direito material, essencial, como pareceu ao Tribunal de Justiça de São Paulo (6 de setembro de 1905). *De lege ferenda,* é aconselhável que o exija o direito processual. O Código de Processo Civil anterior, inc. 158, III, exigia a qualquer petição a indicação da *naturalidade.*

Entendendo o juiz que a lei pessoal *provável* obsta á *separatio* ou que a ela obstam as duas leis pessoais *prováveis,* torna-se imprescindivel a prova do domicílio, ou, eventualmente, da nacionalidade, da apatria, ou da polipatria. O juiz ordenará então, que se produza. Aqui, é o direito material mesmo que o obriga a tal atitude, por não saber ele como há de proceder

§ 830. Espécies e pressupostos da separação judicial e do divórcio
1. *Separação consensual e separação litigiosa.* Duas são as espécies de separação: *a)* a *separação consensual,* que é permitida, por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos

(Lei nº 6.515, art. 49); *b)* a *separação litigiosa,* erradamente dita "judicial", em que um dos cônjuges ou atribui ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato positivo ou negativo que importe em grave violação dos deveres do casamento, e que tornem insuportável a vida em comum (Lei nº 6.515, art. 59, *pr.),* ou alega e prova ruptura da vida em comum há mais de ano consecutivo e, bem assim, a impossibilidade de sua reconstituição (Lei nº

6.515, art. 59, § 1ª), ou, ainda, afirma grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que essa enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável, após certa duração (Lei nº 6.515 art. 59, § 2ª)

Parelhamente. são essas também as duas espécies basilares de divórcio, o *a) divórcio litigioso,* que segue o rito ordinário, e *14* o *divórcio consensual. a)* Aquele, se fundado o pedido na Lei nº 6.515, art. 25, *pr.,* segue o procedimento traçado nos arts. 35 a 38, ou, se fundado no art. 40, *pr.,* o rito comum ordinário (art. 40, § 39)~

ti) Este, se na *causa petendi* se alega separação judicial, consensual ou litigiosa, há mais de lapso ãnuo contado da sentença que a decretara, ou da decisão que concedera a separação cautelar de corpos (art. 8ª), segue o procedimento especial dos arts. 35 e 37, ou, se o que se alega é separação de fato por dois anos consecutivos, o procedimento previsto pelo Código de Processo Civil, arts. 1.120 a 1.124. complementado pelo que a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 40, § 2ª, 1,11,111 e IV, estatui.

O

Código de 1973, arts. 1.120-1.124, não trata da ação de separação litigiosa, nem se refere ao divórcio litigioso segundo a Lei nº 6.515, art. 40. *pr.,* porque é ordinário o rito de ambos os processos (Lei nº 6.515, arts. 34. *in Jine,* e 40, § 3ª).

O

normal, ou, melhor, o que se deseja e espera, é que a sociedade conjugal dure toda a vida. Se bem que relação jurídica, muito lhe resta de ético; e, até certo ponto, nos raros países que têm o casamento indissolúvel, muito lhe resta de religioso. Isso não quer dizer que haja desaparecido todo elemento de religião (não-católica) nos casamentos dissolúveis.

Onde há o divórcio, há dois institutos: o divórcio mesmo e a separação. No Brasil, que tem o divórcio, a separação judicial compreende, na forma prevista pela Lei nº 6.515, art. 39, pr, a *separatio quoad thorum,* a *separatio quoad cobabitationem.* a *separatio quoad mensam,* a *separatio quoad bona,* a *separa tio quoad mutuam servitutem.* Alguns Estados mantêm a separação só de cornos, a *separatio quoad thorum vel cobabitationem,* que no Código Civil, arts. 223-224, é simples incidente das ações de nulidade, de anulação e de separação judicial. Outros, ou os mesmos, a *separatio quoad bona salvo iure thori,* em que só a comunhão conjugal econômica é atingida.

O

que o Brasil, por força da Constituição de 1946, não podia, mas com a Emenda Constitucional nº 9. de 28 de junho de 1977, passou a poder ter é o *divortium quoad vinculum aut foedus,* que põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (Lei nº 6.515, art. 24, *pr).* A separação judicial é, de regra, *separatio quoad thorum et mensam et quoad mutuam servitu tem.*

2. Os *pressupostos necessários e suficientes para a separação judicial.* O Código Civil somente reconhecia como pressupostos para a ação de desquite, qualquer deles *necessário* e *suficiente,* os que o *art.* 317 apontava.

d

Fora daí só existia o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges, nos estritos termos do art. 318. Assim, a violação do *debitum coniugale,* a incompatibilidade de temperamento e outros fatos, reconhecidos alhures como suficientes para a dissolucão da sociedade conjugal, ou para o próprio divórcio, eram totalmente estranhos ao direito brasileiro. Sob a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 59, passa-se diversa-mente, uma vez que, revogado o art. 317 do Código Civil, qualquer conduta desonrosa ou qualquer ato, positivo ou negativo, que implique grave violação dos deveres do casamento, e que tornem insuportável a vida em comum, bem assim a ruptura há mais de ano consecutivo com impossibilidade de reconstituição da sociedade conjugal, são dados necessários e suficientes à desconstituição da sociedade conjugal, posto que incólume o vínculo matrimonial (art. 5ª, *pr* e § 1ª).

Dizia o art. 317 do Código Civil: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: 1.

Adultério. III. Tentativa de morte. IIII. Sevicia ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos consecutivos.” Revogado pela Lei nº 6.515, art. 54. nem por isso perderam *ratio essendi* as observações que se fizeram a seu respeito, uma vez que o suporte fático de sua incidência passou de ser também o da eficácia nomológica da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977: frente ao art. 317, 1-1V, *minus,* o art. 59, *pr.,* é *plus* que. tendo-o substituido, não pré-excluiu a sua incidência o dado fático que nele se previa. A despeito, porém, da clareza da lei, da inter pretação que se havia de dar à regra jurídica limitativa, como *era* a do art. 317, insinuou-se na jurisprudência, com audácia que toca às raias mesmas da licença, no sentido de “facilitar o desquite”, a prática de se admitir, como fundamento para a decretação da separação judicial, não ser mais possível, nos termos em que se apresentava à Justiça, a permanência da sociedade conjugal. (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de março de 1925, *RT* 54/49; 8 de novembro de 1927, 64/232; 3ª Câmara da Code de Apelação do Distrito Federal, 4 de abril de 1929, *RD* 94/327; 4ª Cãmara, 19 de setembro de 1933, *RD* 28/479.) Quase sempre ocorria isso naquelas ações em que os juizes, não encontrando base para julgar procedente a ação ou procedente a reconvenção, ou procedentes uma e outra, decidiam pela improcedência e, tomando a mais absurda das atitudes (pois que, julgada improcedente a ação e improcedente a reconvenção, nenhum provimento cabe aos tribunais), decretavam a separação judicial por impossibilidade da convivência conjugal, ou quejandas fórmulas, que destoavam, abertamente, da letra e do sistema do Código Civil, e tomavam aspectos escandalosos nos votos de juizes que se diziam católicos. Não estava na lei, além de constituírem tais causas *criadas* a própria linha divisória entre a concepção católica e a concepção luterana ou calvinista do divórcio. A doutrina — a única compatível com os textos do direito brasileiro e com os princípios, inclusive com o *favor matrimonii* — foi exposta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a 3 de agosto de 1926 *(RT* 59/3 12), que acentuou não poder ser decretado o desquite quando não provadas as acusações feitas, de parte a pade, pelo marido e pela mulher, na ação e na reconvenção de desquite, pois, se houvesse incompatibilidade de temperamento, não querendo, ou não podendo os cônjuges viver juntos, o único caminho seria separarem-se por mútuo consentimento. No mesmo sentido, a Q Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 28 de julho de 1933 *(Ai* 28/289). Aliás, já essa era a solução tradicional (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 23 de maio de 1911, *RD* 201/599).

Quando ação de separação judicial tem de ser julgada, — ou o juiz anula o processo, ou acolhe alguma outra preliminar processual, ou alguma questão prévia inclusa no mérito, ou decide pela procedência, no todo, ou em parte, ou pela improcedência, quer da ação, quer da reconvenção, quer de alguma exceção que diga respeito ao mérito da causa. Conceder separação judicial por fundamento que não esteja no art. 59, *pr,* em que se abrange o que se previa no art. 317 do Código Civil, é, *se não incide a regra jurídica do art.* 59 5 *1ª,* o que é diversa questão, violar *direito em tese,* é violar *letra da lei.* Por outro lado, se os cônjuges pediram por um dos fundamentos apontados na Lei nº 6.515, art. 59, *pr,* em que são também elementos contenutisticos os fundamentos que se apontavam no revogado art. 317, conceder-lhes a dissolução da sociedade conjugal por incompatibilidade de temperamento, ou outra causa, que não esteja prevista no art 59 *caput,* constitui julgamento *vítra petita.* Não se diga que, tendo admitido o Código Civil, art. 318, e admitindo a Lei nº 6.515, art. 49, a separação por mútuo consentimento, uma vez que ambos os cónjuges vieram a juizo (ação e reconvenção), nada obsta a que se lhes conceda a separação judicial por impossibilidade da permanência da sociedade conjugal. E cair em grave confusão. A separação judicial por mútuo consentimento, sobre exigir os cônjuges estejam casados por mais de dois anos, supõe manifestação formal da vontade das partes perante o juiz, acordo relativo à guarda dos filhos menores, pacto sobre a partilha dos bens descritos, indicação do valor da contribuição para criar e educar os filhos, pensão alimentícia do marido à mulher que dela necessitar. Só após isso e outras formalidades, que a lei implicitamente reclama, ou que as leis processuais fazem cogentes, é que se pode dar a homologação judicial. Decretar separação judicial, sem ser por mútuo consentimento, com a forma processual do art. 49 da Lei nº 6.515 e do direito formal, sem a condenação dos cônjuges, ou de um deles, *é* fugir a todas as regras de julgamento em matéria de separação judicial: é impor separação consensual, contradição que ressalta das próprias palavras; é estatuir que a sociedade conjugal se dissolva, sem ter ocorrido razão, considerada, pela lei, como suficiente. Não se diga que é separação consensual, porque a luta d

continuaria, uma vez que nada se decidiu sobre os bens, sobre os filhos e sobre os mais interesses comuns.

Separação judicial também não é, uma vez que não houve condenação do réu ou do reconvindo. Seria de estranhar-se que tal jurisprudência lograsse foros de coisa assente, tanto mais quanto, psicologicamente, a sua verdadeira causa é a condescendência com que se quer evitar a condenação de ambos os cônjuges, ou de um deles. Seja como for, tais

julgados são rescindíveis, dada a violação da lei em tese, se não basta, para o recurso especial, a violação da letra da lei. (As Câmaras de Apelação do Distrito Federal reagiram, energicamente, contra tal impertinência, de modo que foram reformadas as sentenças que enveredavam pela concessão do desquite com o fundamento intruso e profligadas as decisões de alguns juizes do Distrito Federal, bem como apontadas, com justa critica, decisões de juizes dos Estados Federados.) 3. *Se doença grave* é *causa de separação judicial.* O Código Civil brasileiro não considerava motivo de separação judicial qualquer doença, até que sobreveio a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em cujo art.

59, § 2ª, se estatuiu que o cônjuge pode pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada *após* o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável. Tampouco, considerava-o qualquer crime cometido pelo cônjuge, diversamente do que se passa sob a Lei nº 6.515, art. 59, *pr,* verbo "conduta desonrosa", ou "ato que importe em grave violação dos deveres do casamento", e.g. Sob o regime anterior, as moléstias graves e transmissíveis só tinham importância, no direito matrimonial brasileiro, quando, *anteriores* ao casamento, as ignorasse um dos cônjuges. Mas, em tal caso, a ação a propor-se era, e continua de ser, a de anulação por erro, conforme o art. 219, 1H. Também o crime anterior ao casamento, se inafiançável e definitivamente julgado por sentença condenatória, constituia base suficiente para a ação de anulação por erro (art. 219, li). Posterior ao casamento o crime inafiançável, ou posterior a ele a aquisição da moléstia grave e transmissível, não cabia anulação, nem separação judicial; *aliter,* no regime da Lei nº 6.515, art. S~, respectivamente *pr.* e § 2ª, quanto à separabilidade judicial. *De lege fere nda,* era isso — nos dias de então, tão preocupados com a eugenia e o vigor das raças — assaz criticável. Outra questão que ainda nasce das doenças e moléstias é a de se saber se, estando atacado de algumas delas, de natureza contagiosa ou perigosa para a geração de um dos cônjuges, pode o outro afastar-se temporariamente. Se a resposta é afirmativa, não se compõe, com o tempo, se o motivo escusante persistiu, a figura do abandono do lar e, pois, com a infringência ao dever de vida em comum no domicilio conjugal (Código Civil, art. 231, III), o suporte fático de incidência do art. 59, *pr,* T parte. Se negativa, o afastamento tem todas as consequências como se moléstia ou doença não houvesse. Não é possível solução *a priori,* por isso mesmo que se há de levar em conta o grau de periculosidade da doença ou moléstia. *A posteriori,* se ela

põe em risco a vida do outro cônjuge ou é de tal natureza que determine, normalmente, a repulsa, não se pode pensar em abandono de lar.

Assim julgaram as e 4ª Câmaras do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, no caso de mulher que, tendo o marido contraído lepra, irresistivelmente se ausentou do lar. Negou-se, por essa razão, à época, o desquite (13

de dezembro de 1937), pedido pelo marido.

4. Pressupostos, fatos posteriores à celebração. Todos os pressupostos que eram referidos no revogado art.

317, hoje incluídos nas hipóteses a que a Lei nº 6.515, art. 59, *pr.,* se reporta, hão de ser posteriores à celebração do casamento. A cópula de um dos cônjuges com terceiro antes da celebração não é adultério, pois que não é posterior à celebração: não há, assim, ato que importe em grave violação do dever de fidelidade recíproca. A tentativa de morte antes de se celebrar o casamento também não no é, e nessa acepção não se há aludir *e.g.* à conduta desonrosa referida no art. 59, *pr,* da Lei nº 6.515. Diga-se o mesmo quanto às injúrias graves ou às sevicias, que desse modo não configuram infringência aos deveres conjugais de vida em comum e de mútua assistência, *v.g.* O abandono voluntário do lar — que o Código Civil, art. 317, IV, exigia fosse durante dois anos contínuos — há de ter começado, pelo menos, no momento que se segue ao da celebração.

Postedores ao casamento, mas anteriores à propositura da ação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de julho e 5 de agosto de 1912, 18 de outubro de 1911 e 6 de junho de 1913), é que hão de ser os fatos trazidos a exame, posto que fatos posteriores a ela pos5ªm ser comprovados para que se confirmem presunções, indícios, depoimentos e outras provas dos fatos anteriores à propositura. como se alegado ato que importe em grave violação do dever de fidelidade recíproca, que torne insupodável a vida em comum, se procede à verificação de adultério em flagrante, pendente a lide. Em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi dito que era de julgar-se procedente o pedido de desquite se, após o abandono do lar, passou o cônjuge a viver com outra pessoa (Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de novembro de 1928, *RT* 68/371). Seria fundar a separação judicial em fato posterior à contestação da lide, quando há de ser anterior ao próprio pedido do autor. Ora, o que podia ser dito pelo

Tribunal de Justiça era que o procedimento posterior do cônjuge confirmara fatos alegados como causa da separação judiciaç; nunca, porém, se havia de considerar fundamento da sentença. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 27 de outubro de 1949 (OD 63/274), raciocinou com a *com pensatio* das culpas, mas tal questão não era, *in casu,* objeto do recurso extraordinário. Nem temos isso (nº 6).

d

5. *Pressupostos para a separação judicial, independência deles.* Os pressupostos para a separação judicial são, todos, independentes. Por isso mesmo não se pode considerar o abandono de lar, sem injúrias e sevicias, como injúria grave (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de junho de 1929), porque ou ele existiu como ato que importou em grave violação do dever de vida em comum no domicílio, e tornou insuportável a vida em comum, com o que nasce o fundamento, e por si só basta à decretação da extinção da sociedade conjugal, ou não, e não basta. A jurisprudência tem, contudo, aberto exceção ao principio: se houve acusação de adultério (Lei nº 6.515, art. 59, 2ªparte, *in verbis:* "ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum") e só se provaram injúrias graves (art. 59, 1ª

parte, verbo "conduta desonrosa") decreta-se a separação judicial por injúria grave, porque aquele é a injúria máxima; se se alegaram sevícias (portanto, invocação da Lei nº 6.515, art. 59, 2ª parte) e so se provaram injúrias (também art. 59, 2ªparte), concede-se por injúrias. Assim, proposta a ação de separação judicial por adultério, enquanto "ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum" (Lei nº 6.515, art. 59, 2ª parte), ou referidos fatos sobre procedimentQ que constituam injúria grave, enquanto "conduta desonrosa" (art. 59, 1ª parte), nada obsta a que se conceda por injúria grave, desde que consista em atos tendentes ao adultério ou à prática de relações sexuais. Não provada a *sem inatio,* ou o coito, e, por conseguinte, a infringência ao dever conjugal de fidelidade recíproca (Lei nº 6.515, art. 59, 2ª

parte, c.c. o Código Civil, art. 231, 1), se provado foi que a mulher passeou, á noite, de automóvel, injustificadamente, com o que se supõe cúmplice do adultério, por cedo que esse procedimento é, de si só, injurioso, e, grave a injúria que nele se contém, configura "conduta desonrosa (Lei nº 6.515, art. 59, 3) parte).

Levou a essa solução a necessidade de se não deixar sem decisão favorável o pedido do autor, ou da autora; mas seria *extra petita* o julgamento se, no pedido, implicitamente não coubesse o motivo por que se concedeu a separação judicial. Quem pede a separação judicial por injúria grave não pode esperar que se lhe defira por abandono de lar, nem, se por injúria grave, há de pretender que se defira por adultério, nem o que o pede por adultério há de esperar que se lhe dê por abandono de lar, ou vice-versa, salvo se há um *mais* na causa do pedido, em que se subsuma o *menos* que se provou.

6.

Paria delicta, A tentativa de morte pode existir ainda quando o outro cônjuge repíla com igual violência a tentativa ou quando mate o incumbido. Ainda mais: quando tenha havido, de parte a parte, a tentativa de mode do consorte. Não cabe invocar-se a regra *Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur*.

As Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de julho de 1924, *RF* 44/223, disseram não haver compensação de culpas, de modo a determinar a improcedência da ação ou da reconvenção, ou de ambas, frisando que a culpa de ambos pode ser apreciada pelo juiz como elemento atenuante de uma delas, ou de ambas, ou, até, como escusante uma da outra. Mas isso não é compensabilidade.

O

que dissemos sobre tentativa de morte quaisquer outros pressupostos da separaçao subsumam na Lei nº

6.515, art. 59, *pr.* entende-se para judicial que se *7. Reconvenção.* No caso de injúrias, que de regra configuram supode fático de incidência da Lei nº 6.515, art. 59, 2ªparte e, se graves, da regra juridica do art.

59, 1) parte, tudo depende do julgamento da reconvenção que, *ex hypothesi,* tem de ser julgada antes da ação, porquanto, se é procedente a reconvenção, improcedente é a ação: provado o adultério, não foram injúrias graves as palavras proferidas pelo cônjuge acusado; não-provado o adultério, injúrias graves foram elas.

Hipótese parecida julgou o Tribuna! da Relação de Minas Gerais (10 de março de 1928, *RT* 65/ 420), levando em conta as injúrias graves irrogadas, na reconvenção, pelo réu, se bem que tivesse de reputar

não-provadas as sevícias articuladas na ação. Nada temos a censurar ao julgado de Minas Gerais, porque injúrias se contêm em sevícias, afastando-se, assim, a argUição de julgamento *ultra petita.* O juiz que decide pela improcedência da ação de nulidade, ou de anulação, ou de separação judicial, por influência do *favor matrimon III,* deve deixar bem claro que não se satisfez com a prova, sem se pronunciar, concludentemente, sobre a verdade do alegado.

Porque, se foi o *favor matrimonIII* que deu a solução, os fatos imputados não podem ser tidos, pela circunstância da improcedência, como *injuriosos.* Se o juiz não no deixou claro, o que tiver de julgar a ação de separação judicial, em que se mencionem as injúrias nos outros autos, não pode considerar base suficiente o julgamento da ação anterior. E ponto, esse, de alta relevância (4ª Cãmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, Apel. nº 6.802, de 19 de julho de 1938). O principio de economia processual, bem como a secundariedade dos informes, ainda quando se trate de nome, desde que a identidade ressalte, mandam que se não repute inepta a petição, nem se anule, por falta de dados, o esforço utilizado.

8. *Erro de nomes dos figurantes processuais.* As vezes a pouca instrução dos cônjuges, ou o descuido do advogado leva a que se transponham nomes de família, ou se erre na própria designação dos separandos. O

d

Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (29 de novembro de 1929) considerou isso irrelevante, se não põe em dúvida a identidade do nomeado, ou se não tem por fito alguma fraude. Diga-se o mesmo a respeito das omissões, abreviações ou uso de títulos nobiliárquicos em vez do nome de família.

9. Favor matrimonIII. O princípio que deve guiar os juizes é o do *favor matrimonIII:* não se pronuncia a separação judicial se não está provado um dos casos expressos na lei. O próprio direito alemão, que não tem o *favor matrimonil* nas causas sobre existência, nem, sequer, como o direito brasileiro, sobre nulidade e anulação, conservou-o nas causas de divórcio (Ordenação processual alemã, §§ 617 e 622).

Na dúvida, decide-se a favor da sociedade conjugal, deixando-se de

condenar o cônjuge acusado ou a ambos.

10.

Defensor do vínculo e defensor da sociedade conjugal. O direito civil brasileiro, que possui, no art.

222, a instituição do *defensor vinculi,* que é o *defensor matrimon III,* não no estabelece nas ações de separação judicial nem nas ações de divórcio. As leis processuais podem criá-lo: *a fortiori* desde o Código de 1939, com a unidade do direito processual; mas o art. 222 não permite que se estenda, sem outra lei, às ações de separação judicial, o seu conteúdo (Supremo Tribunal Federal, 3 de setembro de 1919. *RSTF* 22/189).

O *defensor matrimonil* é parte no processo. O Ministério Público intervém, representando o interesse do Estado ou da sociedade, — função que se não confunde com a do *defensor matrimon III,* que defende a instituição mesma do casamento e, *in casu,* o vínculo, ou, se criado para as separações judiciais, a instituição do casamento e a sociedade conjugal. De ordinário, o Ministério Público, nas ações de separação judicial, é *fiscal,* e não *parte.* Porque não é *defensor matrimon III,* mas *fiscal,* o Ministério Público pode opinar pela concessão da separação consensual e pela decretação da separação litigiosa, deixar de recorrer, desistir ou renunciar ao recurso etc. Por isso mesmo, quando a lei anterior dissera que seria *necessário* o recurso da sentença deferidora da separação judicial, mandou que o *juiz mesmo recorresse.*

Questão delicada era, sob o Código de Processo Civil de 1939, art. 643, § 1ª, a de se saber se, dado o recurso de ofício, se devolvia à superior instância toda a cognição, de modo que pudesse haver provimento em sentido que não fosse o da reforma da sentença, negando-se o desquite, ou se — não tendo havido recurso da parte condenada, nem do autor — pudesse o tribunal acordar em modificar a condenação, corrigir a sentença que violou a lei, ou somente em negar o desquite, ou só o conceder por um dos motivos por que o deu o juiz.

Noutros termos: dado o desquite, sem recurso das partes, ~a cognição em virtude do recurso de ofício limitava-se à possibilidade de negar ou dar menos, excluida a de dar outra coisa? Se o interesse do Estado era só o de evitar que se dissolvesse, com facilidade, a sociedade conjugal,

claro éque ao recurso só se daria provimento *dificultan te.* Se era o de evitar que se dissolvesse, com facilidade, a sociedade conjugal, *e se deixasse de observar o direito objetivo,* material e formal, *sobre o desquite,* não havia dúvida que não poderia ser limitado o poder da instância superior. A questão era puramente processual. Nada tinha com o direito de família, salvo no que a regra de direito processual *protegia* a instituição do casamento e os seus efeitos. Note-se, porém, que se não tinha por fito tão-só a defesa do vinculo, pois que se dava o recurso quando se tratava de desquite e não só de ação para se obter a decretação de nulidade ou a anulação. No Distrito Federal, tendo um juiz concedido o desquite, que se pedira por injúria e outros motivos, somente por impossibilidade de continuação da sociedade conjugal, pressuposto estranho ao direito brasileiro, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação, atendendo a que se deferira o desquite, se bem que sem condenação, corrigiu a decisão do juiz, dando-o com a condenação e de acordo com o Código Civil, se bem que só tivesse havido o recurso de ofício. Portanto, adotada ficou a solução que se pode formular nos seguintes termos: a devolução de ofício permitia *negar* (isto é, alterar toda a decisão) ou modificar em parte o que se deferiu, ou o motivo, tomando-se todas as medidas que poderia tomar o juiz que julgou procedente (ou decretou o desquite, o que é o mesmo) a ação, *exceto onde seria dar desquite que se nâo deu.* Como o recurso só se interpunha de oficio nos casos de concessão, a exceção restringia-se ao em que, julgando procedente a ação e improcedente a reconvenção, ou vice-versa, os autos subiam com a cognição restrita à ação ou à reconvenção, respectivamente. O tribunal não tinha competência, então, para conhecer da reconvenção ou da ação, pois que o prejudicado não recorrera e o recurso de ofício fora limitado à parte da sentença em que se julgou procedente a ação ou a reconvenção. As Câmaras Conjuntas confirmaram, nesse ponto, decisivamente, o acórdão da „1ª

Câmara.

Admita-se (o que é de suma relevância) que o fato de não ter o tribunal a cognição da parte da sentença em que se julgou improcedente o pedido (a ação ou a reconvenção), não obste a que se leve em conta o alegado d

na defesa (contestação da reconvenção, contestação da ação), ainda que objeto do *petitum* que se indeferiu, —

porém como pedido. Exemplo: o juiz julgou procedente o pedido da

ação que se firmara no abandono de lar; o tribunal não pode dar a separação judicial por injúrias graves, deferindo o pedido do reconvinte, mas pode negar a separação judicial por abandono de lar, achando que os fatos alegados como injuriosos justificaram o afastamento do cônjuge.

§ 831. Pressupostos da separação consensual

1. *Os três pressupostos.* Os pressupostos da separação consensual são: *a)* estarem casados os cônjuges há mais de dois anos; *b)* consentimento dos cônjuges, conjuntamente "declarado" perante o juiz; *c)* homologação judicial. E o que resulta do art. 49 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que diz: "Dar-se-á separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado." Nada obsta a que os cônjuges acordem em que a separação seja apenas *quoad lectum,* permanecendo eles sob o mesmo teto, o que suscita a questão de se saber se os filhos da mulher, nascidos após a separação, se presumem do marido. No art. 341 do Código Civil está escrito: "Não valerá o motivo do artigo antecedente, nº III, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal"; portanto, não seria possível ao pai invocar a só separação lega! para excluir a legitimidade do filho.

Com o mesmo teto extingue-se a presunção.

2. *Direito canônico.* 9 *mutuus consensus* é admissível, em direito canônico, como causa suficiente para o *diuortium thori?* O consentimento de ambos como causa de separação ligava-se à *conversio coniugatorum,* de que constituía um dos elementos. Mas, salvo o adultério, que extinguia, no outro, a *servitus quoad copulam,* permanecia o *ius revocandi.* Precisou-se que a separação amigável era a consequência do voto de continência de um ou de ambos os cônjuges, com ou sem entrada em religião. No último caso, *divortium quoad thorum,* e não *quoad babitationem, — divortium a coitu solo.* No outro, *a coitu et habitationem.* O que nos importa saber é se o *mutuus consensus* é, só por si, causa de separação, no direito canônico contemporâneo. A resposta afirmativa está em Busenbaum, Santo Afonso, Baílerni, Scavini e Gasparri. Assim, a separação consensual, o *divortium thori* por mútuo consentimento, é apontada, pela prática,

como o meio de se remediar à vida que se fez insuportável. Nada separa *definitivamente* os cônjuges. A todo tempo podem retomar a convivência e as relações sexuais, como delas se afastaram. Em todo o caso, dentro da própria Igreja, houve e há quem relute, quem entenda contrariar abertamente os princípios o pacto privado sobre sociedade que havia de ser permanente.

3. *Tentativa de conciliação dos cônjuges.* A tentativa de conciliação dos cônjuges é *favor matrimon III,* pelo qual se revela o interesse do Estado na continuidade da sociedade conjugal. O juiz deve exercer tal função como o juiz do processo canônico, com-penetrando-se do seu papel espiritual, qual conselheiro; e é por esse traço que a *conciliação* se distingue da transação ou de qualquer outro ato jurídico, entre as partes, que signifique renúncia. Assim, o que um dos cônjuges disse do outro, nas ações de nulidade, de anulação, ou de separação judicial, é suscetível de compor a figura das *injúrias graves,* — não, porém, se houve a *conciliação.*

No direito canônico, a conciliação é feita *ante omnia,* imediatamente antes da *luis contestatio,* mas após a introdução do *libelium litis introductorium,* presentes as duas partes. Exclui-se nos casos em que o casamento é *acusado,* em que não pode ser convalidado.

Nos casos em que o matrimônio é impugnado *ex defecta consensus,* a conciliação tem o efeito de extinguir a ação, nas hipóteses em que a vontade posterior basta.

O direito processual brasileiro, que passou por total renovação, teria ganho desde o início em inspirar-se nos textos canonicos.

A nossa sugestão vingou pela Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, que restabelecera a preliminar de conciliação.

§ 832. Pressupostos da separação judicial

d

1. *Independência dos pressupostos.* Quanto *à separo çôo judicial,* ou litigiosa, sob o regime do direito anterior bastava um dos pressupostos apontados pela lei, que era, em tal assunto, misto de direito romano e de direito canônico. Estatuia, no art. 317, o Código Civil: "A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: 1. Adultério. III. Tentativa de morte. IIII. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos." Não havia outros casos. Cada um deles operava por si, de modo que a coisa julgada sobre um pressuposto não impedia o pedido por outro. Como todos eles consistiam em fatos, podia haver pedidos diferentes se os fatos fossem diferentes e o julgado sobre um não atuava sobre os outros.

Diversamente da sistemática atual implantada com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em cujo art.

59, *pr.,* se prevêem dois suportes fáticos genéricos, nos quais estão abrangi-das as causas de desquite litigioso que o art. 317. 1,11,111 e IV, do Código Civil enumerava, não havia na anterior outras causas senão essas indicadas em número clauso, nem era preciso criá-las, em interpretação extensiva. Nem havia, diferentemente do que hoje se passa, discricionariedade do juiz, no julgar o pedido da separação judicial. Ou havia adultério, ou não havia. Ou havia tentativa de morte, ou não havia. Ou havia sevícia, ou não havia. Ou havia injúria grave, ou não havia. Certamente, era e é relativa às pessoas a gravidade da injúria e, até, da sevicia. Mas, ainda aí, não havia discricionariedade do juiz; tinha ele de fundamentar a sua convicção sobre a gravidade, sem se poder admitir qualquer posso dar ou posso não dar o desquite". Daí a impropriedade das expressões do voto do relator da 1) Turma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de agosto de 1943 *(RT* 163/399): "Diante do exposto, tenho de concluir pela dose de arbítrio necessário aos magistrados para a decretação do desquite em casos de insuportabilidade da vida em comum, a despeito da imprecisa tonalidade dos elementos probatórios, assim como nos casos de abuso ou exercicio anormal de direito, de superveniência de fatos verificados na causa, como ainda admitir o exame de culpas recíprocas, na falta de expressa reconvenção." Mas a 2ªTurma, a 30 de agosto de 1949 (199/605). precisou a questão: "Não podem ser ampliados os motivos que justificam o desquite, não sendo licito ao juiz criar novo fundamento para a dissolução da sociedade conjugal; e o desquite pode ser concedido pelo juiz apenas porque julgue provado o pedido do autor ou o pedido reconvencional"; também a 1ª Turma, a

22 de maio de 1947 *(RF* 95/94): "O desquite litigioso só é possível quando ocorrem causas determinadas em lei, não podendo o juiz decretar o desquite fundado em outra qualquer causa, mesmo quando exista profunda divergência entre os cônjuges e o regime matrimonial seja o da separação" (cf. voto do Ministro Orosimbo Nonato, na 2ªTurma, a 28 de julho de 1950, *Ai* 97/110). Na jurisprudência estadual, foram certas as decisões da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1944 *(RT*

156/646: "A incompatibilidade de gênios não está incluída entre as causas legais permissivas da decretação do término da sociedade conjugal e a injúria grave, que torna impossível a continuação da vida em comum, só pode ser demonstrada por atos e palavras, não se acomodando com a forma genérica exposta da inicial", e da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de setembro de 1948 (177/249: "A desarmonia do casal, o desentendimento permanente e, afinal, a separação de fato, não são motivos para a decretação do desquite litigioso. Para isso, há o desquite por mútuo consentimento"). Sem razão, a 6ª Câmara, a 11 de agosto de 1950

(189/201).

2. *Perpetuidade da separação judicial.* No direito brasileiro, todas as separações judiciais têm caráter perpétuo. No direito canônico, só o tem a separação judicial por adultério. No caso de outros pressupostos, é sempre temporário: pode ser decretado a tempo e, ainda quando não se lhe tenha marcado a duração, a vida em comum deve ser restabelecida, desde que cesse a causa que justificou a separação. Ainda mais, o cônjuge inocente pode, de si só, restabelecer a vida em comum, o que é completamente estranho ao direito brasileiro.

§ 833. Conduta desonrosa

1. *Conceito.* Diz a Lei nº 6.515, art. 59, *pr.,* 1ª parte, que a separação judicial pode ser pedida por um dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa que torne insuportável a vida em comum. As sevícias e injúrias graves podem caracterizá-la. Sevícias são as ofensas físicas, os maus tratos, que podem revestir formas curiosas: ferimentos

ligeiros, cortes de cabelo, imposições vexatórias, como serviços infimos destinados a criados, castigos corporais de toda espécie etc. Nem sempre é possível distinguir-se a sevícia da injúria, que é todo fato que contém em si insulto, menosprezo ou ultraje. O Código Civil, reconhecendo a sua equivalência, juntava-as sob o mesmo número do art. 317, exigindo-lhes, porém, que fosse *grave* a injúria. Já a 22 de outubro de 1923, a Corte de Apelação do Distrito Federal (1ª Câmara) decidiu, invocando a nossa 1ª

edição, que não se exige a *habitualidade* da injúria ou sevícia: basta uma. A gravidade da injúria é que d

importa. Toda sevicia é grave.

Sevicia, define a jurisprudência, "é o mau tratamento, a grosseria material continuada, a ofensa física". O

conceito da "injúria grave", mais amplo na esfera do direito civil do que no direito penal, alcança, para os efeitos de autorizar a separação judicial, qualquer ofensa á honra, á suscetibilidade, à dignidade dos cônjuges, de modo a tornar impossível a vida em comum (5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13 de janeiro de 1950, *AJ* 95/193); "é o maltrato, a ofensa física, a grosseria material, o atentado à integridade física do outro cônjuge ou a crueldade psíquica, e não o simples temor, ainda que fundado em antecedentes mórbidos" (7ª Câmara, 10 de agosto de 1948, *RF* 130/436).

2. *Injúrias.* São consideradas injúrias, entre outras ofensas: *a)* recusar-se o marido a receber em sua casa a mulher, ou a mulher a voltar à companhia do marido; *b)* a transmissão ao outro cônjuge de moléstias pudendas; *c)* a imputação caluniosa de adultério. O caso *b)* pode ser considerado, ao mesmo tempo, sevicia e injúria. Aliás, as injúrias graves não são mais do que sevícias morais, que ofendem a honra do outro cônjuge, a ponto de tornar insuportável a continuação da vida conjugal. O fato de deparar-se o homem casado em atos lascivos (exceto coito) com outra mulher que não a sua, não basta para constituir a figura do adultério, nem mesmo basta, sempre, o encontrar-se a mulher casada *nuda cumnudo in eodem cubicu lo,* ou praticando atos pudendos com outra mulher, nem constitui adultério a pederastia masculina ou feminina. Mas tais fatos são, positivamente, injúrias graves, e, portanto, causa bastante para a separação judicial.

As injúrias — ainda aparentemente graves — que sejam devidas a estado mórbido, e tão-só a ele, de modo que não seja responsável o ofensor, como também as que provenham de ciúmes e não passem do campo de demasiados zelos, não bastam para se decretar a separação judicial. A jurisprudência é nesse sentido, e com razão. Onde amor *é* causa, mais difícil é compor-se a figura da injúria. Mas ele não na pré-exclui.

O amor não escusa a injúria; menos, ainda, a sevicia.

Quando as injúrias podem família, principalmente para os separação judicial. De regra, as ter consequências penosas para a filhos, são graves e bastam para a que vêm de ódio, e não de amor.

O namoro tanto da mulher quanto do homem é injúria grave (sem razão a jurisprudência que distingue, *e.g.,* Tribunal de Justiça do Ceará, 11 de junho de 1951, em Dimas Rodrigues de Almeida, *Repertório de Jurisprudência.* 1, 281; cp. 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 31 de outubro de 1947, *RE*

122/ 464).

A gravidade da injúria é relativa aos cônjuges (2a Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de outubro de 1946, *RT* 178/371:

“O conceito de injúria grave, no desquite, está sujeito à apreciação de fatos e das circunstâncias que os cercam em relação à situação pessoal de cada uma das partes. Na apreciação da gravidade da injúria terá o juiz sempre de considerar a condição dos cônjuges, a sua educação e a sua maior ou menor sensibilidade”). A esse propósito, acertadamente disse a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 9 de junho de 1948:

“O conceito de injúria grave, mais amplo na esfera do direito civil que na do penal, alcança, para o efeito de autorizar o desquite, qualquer ofensa àhonra, à suscetibilidade, á dignidade dos cônjuges, de modo que torne impossível a vida em comum” *(RE* 125/207). Discutiu-se se o abandono do lar antes de se perfazerem os dois anos a que se referia o revogado art. 317, IV, é injúria grave. Uns entendiam que não; *e.g.,* a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 22 de outubro de 1946 *(RF* 110/132): “No sistema do nosso Código Civil, o abandono do lar foi considerado, sob forma específica, indivíduada, no nC IV do citado art. 317.

Frisou-o. estabelecendo requisitos próprios — o abandono do lar cofljugal, durante dois anos contínuos. A jurisprudência, a seu turno, aplica-o, condicionando os seus elementos a outras circunstâncias especiais.

Segue-se daí, logicamente, a impossibilidade absoluta, intransponível, de se reputar como matéria do nº IIII do art. 317 do Código Civil o que este mesmo Código distribuiu e caracterizou em outro inciso, com autonomia e pressupostos próprios. Por mais óbvio que se apresente o abandono do lar, como, em geral, injúria grave, não pode ser invocado, apoiado no nº IIII, uma vez que está situado no nc IV, com as circunstâncias já apontadas.‟

Sem razão, porque no abandono há injúria, que pode ser grave. É injúria grave (naturalmente, relativa à situação econômica do casal) o não dar o marido a assistência devida á mulher, ou á mulher e aos filhos, o negar-se ás relações sexuais ou simplesmente não as ter, o não dar à mulher o lar a que e]a teria direito, obrigando-a ao vexame de residir em casa de outrem, ainda que seja a de seus pais, não lhe prover á subsistência e à dos filhos, não assegurar à família o padrão mínimo de conforto por preferir o réu a vida sem traba]ho": "são faltas que colocam a mulher em situação humilhante na sociedade e que se enquadram, tipicamente, no conceito de injúria civil‟ (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de novembro de 1952, *Ai* 108/237). E todo ato ou fato com que um cônjuge ofende, voluntariamente, a honra, a respeitabilidade ou a dignidade do outro (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal 8 de novembro de 1949, *QD* 63/247 e *RF*

d

134/114). O que se alega em reconvenção na ação de separação judicial não pode ser tido como injúria, salvo se foi julgada improcedente; bem assim o que se alega, nos autos, fora de reconvenção (8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30 de abril de 1947, *RF* 95/503: „Éprincípio de direito, esposado pela jurisprudência, que a imputação de adulterio, feita por um cônjuge a outro, constitui injúria grave, que autoriza a decretação do desquite, havendo-se aquele que faz a imputação como o culpado").

3.

Não-exigência da habitualidade das sevícias e das injúrias para a caracterização da "conduta desonrosa". Não se exigem das sevícias e das injúrias que sejam habituais; apenas tem o juiz de reconhecer-lhes, ou não, a *gravidade,* tendo em vista a situação dos cônjuges, um em frente ao outro, no seio da família (Clovis Bevilacqua, *Direito de Família,* 366), ou da sociedade em que vive o ofendido ou o lugar em que foram cometidas. A imputação de adultério à mulher tem, por exemplo, maior gravidade, se feita de público.

Já entre os Romanos, a injúria podia ser grave, *atrox,* quer devido à sua natureza, quer em relação ao lugar em que a praticou o culpado: no teatro, no *forum* etc. Competia ao magistrado fazer a estimação da gravidade.

(Nos primeiros tempos, os direitos do homem sobre a mulher foram totais. Ainda os canonistas admitiam que o marido infligisse castigos corporais àmulher, desde que houvesse motivo justo. Tudo isso passou. O marido não tem qualquer direito de correção da mulher, por meios de violência ou castigo. Aliás, o direito canônico foi, aos poucos, atenuando a sua antiga atitude. O Ranormitano, que ainda aquiescia nos castigos corporais, permitia a separação de corpos, quando se *temessem* sevicias ou morte de um dos cônjuges causada pelo outro, o que constituia dilatação da *exceptio saevitiae.)*

4.

Honra, respeitabilidade e dignidade. A conduta desonrosa por meio de injúria grave supõe ofensa á honra, à respeitabilidade e á dignidade do cônjuge, podendo ser em palavras, em gestos, ou em atos. Não bastam referências genéricas às injúrias; é preciso que seja indicada, para que o juiz aprecie a gravidade (2ª

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 23 de maio de 1911, *RD* 20/599). Constitui injúria grave dizer o marido que já estava desvirginada a mulher quando com ela se casou (Tribunal da Relação da Bahia, 12 de outubro de 1880, *OD* 24/25); e.g., quando, tendo proposto a ação de anulabilidade por erro, foi vencido o marido, ou quando, defendendo-se, o alegou. Tal é a jurisprudência assente e certa. Não importa o meio, nem o modo de exteriorização. A simples inércia e o simples silêncio podem compor a figura da injúria grave.

O Tribunal de Apelação do Território do Acre, a 23 de março de 1923, entendeu que o desvirginamento anterior ao casamento ignorado pelo marido constitui injúria grave. Notese, porém, que, extinta a ação do

art.

219,1V, do Código Civil, tal investigação é impertinente, sobre aberrar dos princípios levar-se em conta para a separação judicial ato ou omissão antenor ao casamento. Trata-se, evidentemente, de confusão entre pressupostos para a anulação e pressupostos para a decretação da separação judicial.

5.

Interdição. A ação de interdição, sem fundamento, *é* injuriante, e a sua gravidade pode ir a ponto de se reputar ato ilícito a sua propositura, de que irradie responsabilidade pelos danos causados. Não importa se, *in casu,* se compõe a figura do ato ilícito de direito civil, nem, com mais forte razão, a figura do ato ilícito criminal. O marido, que corteja, a olhos vistos, outra mulher, ou mulheres, injuria, gravemente, o cônjuge, sem que o seu ato ou os seus atos, que consubstancia ou consubstanciam "conduta desonrosa", sejam ilícito civil ou criminal. A mulher, que namora, abertamente, outro homem, ou outros homens, injuria, gravemente, o marido, sem que se precise pensar em ilícito civil ou criminal. O pedido de interdição pode ser ilícito criminal, ou só ilícito civil, ou somente pressuposto para a ação de separação judicial. O ato do marido ou da mulher, pedindo a interdição do outro cônjuge, sem que as circunstâncias mesmas imponham tal procedimento *(e.g.,* acesso violento, com certo perigo; atestado ou recomendação de especialista), se, conforme o julgado, ou pelo abandono da causa, se verifica que foi sem razão, compõe a figura da injúria grave. Cedo foi, portanto, o acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 3 de agosto de 1943 *(RF* 96/ 340), como o acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de abril de 1952.

6.

Homossexualidade. As relações homossexuais são conduta desonrosa, por injúrias graves, ao outro cônjuge, de modo que, pedido a separação judicial por adultério, que é a injúria maior, e não provada a diferença de sexo, é de dar-se a separação judicial por injúria grave.

7. Defesa em caso de sevícia ou injúria. Na defesa contra a decretação de separação judicial por conduta desonrosa — por meio de sevícia ou

injúria —„ pode o réu alegar: *a)* que o ato ou gesto sevicíal foi em revide incontido contra o adultério não-perdoado e não-tornado inalegável (aquiescência) do autor; *b)* que d

éverdadeira a causa da imputação *(exceptio veritatis),* não tendo havido intuito de injuriar mas exprobrar e repelir; *c)* que procedeu em legitima defesa ou em estado de necessidade, admitindo-se a defesa de outrem, como pessoa da familia (filho, pais etc.).

£Pode haver perdão, em se tratando de sevícia ou de injúria grave? Sim; mas o perdão pela coabitação —

como se previa no revogado art. 319, parágrafo único, do Código Civil — somente se haveria entender referente ao adultério (45 Cãmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20 de fevereiro de 1945, *RT*

158/ 245; 33 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de fevereiro de 1948, 173/180). Resta saber se o perdão *é* manifestação recepticia de sentimento. Afirmativamente, a 45 Câmara de Apelação de São Paulo, a 16 de março de 1938 (em grau de embargos a 5 de outubro do mesmo ano, *RT* 114/230, e 118/ 206); mas aí estaria grave de teoria geral do direito: o perdão é ato jurídico *stricto sensu,* manifestação não-receptícia (Tomo III. § 241, 2).

8. *Tentativa de morte.* Na causa de amplitude conceptual genérica referida na Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5ª, *pr,* 1ª parte ("conduta desonrosa"), inclui-se *e.g.,* o que no direito anterior se previa no Código Civil. art. 317. li, vale dizer, a tentativa de morte, isto é, o *princípio* de execução do crime, se inequívoco o propósito criminoso *(animus nocendi).* É a sevícia mais grave, mais perigosa, mais violenta.

No direito canônico clássico, admitiu-se o *divortium quoad thorum,* no caso de ódio capital entre os cônjuges, ou de temor de atentado á vida de um por *parte* do outro. Nisso, diversamente do *que* se há entender sob a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 5ª, *pr,* 1ª parte, não se anuiu no Código Civil brasileiro: era preciso ter *havido a* tentativa, ainda que bastasse algum ato preparatório e não se exigisse começo de execução concreta.

Se a conduta desonrosa que se versa é essa tentativa de morte, é preciso que um dos cônjuges, por si só ou com auxílio de terceiro, ou incentivando terceiro, ou aproveitando ato de terceiro, ou estabelecendo, dolosamente, situação que torne provável a morte do outro cônjuge, prepare ou concorra para o golpe mortal, ou que tal se possa tornar. Esse conceito de tentativa de morte, que estava no art. 317,11, é de direito civil, e não de direito penal. Idem, quanto ao conceito de qualquer outro ato ilícito tentado. que hoje. diferentemente do direito anterior, baste a configurar a causa genérica da „conduta desonrosa" a que a Lei nº 6.515, art. *S~. pr, 1ª* parte, se refere. Nem é preciso que se satisfaçam os pressupostos da lei criminal, nem que se tenha instaurado o processo penal, nem, tampouco, que tenha havido sentença, qualquer que seja. Toda prova se passa no processo civil, valendo como elemento de peso a condenação do réu no foro criminal. desde que os conceitos, *in concreto,* coincidam: não, porém, a sua absolvição, ou o arquivamento do processo. A absolvição não basta, porque, de regra, a tentativa de morte, ou de qualquer outro ato ilícito, no direito penal, exige mais do que a tentativa de morte, ou de qualquer outro ato ilícito, no direito civil.

§ 834. Atos que importem em grave víolaçâo dos deveres conjugais de fidelidade recíproca, vida em comum e mútua assistência

1. *Conceito de adultério.* A violação ao dever de fidelidade recíproca (Código Civil, art. 231,1) implica adultério. Dizia o art. 317. 1. que a ação de desquite se podia fundar em adultério do outro cônjuge. "O

adultério deixará de ser motivo para o desquite". acrescentava o art. 319: "1 - Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse. III - Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado." Acrescentava o parágrafo único: „Presume-se perdoado o adultério, qu.ando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado." A respeito, convém lembrar que o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, possuía bem singular motivo de perdão (queria dizer escusa): "o fato de ter sido a mulher violentada para o adultério" (art. 80, 1ª).

Ora, aí, adultério não há; de modo que o conceito não é o do perdão. Perdoa-se o que existe, e não o que não existe, nem existiu. Adultério, na espécie, não houve. Embora a lei fosse expressiva, inserindo

indistintamente a palavra “adultério”, como já o fazia o Decreto nº 181, por vezes perguntava-se se tratava de adultério da mulher ou de ambos e se, como todo dever de ambos, podia ser quebrado por qualquer dos obrigados.

Os Egípcios, os Hebreus e os Gregos puniam o adultério da mulher, aqueles com morte e esses com penas inferiores. Na Índia, a mulher adúltera era devorada por cães famintos. Em Roma, a princípio, foi o adultério um crime doméstico, e o tribunal de família podia impor pena de morte; mais tarde, passou para a classe dos *crimina publica.* O direito romano e ainda o velho direito português (Ordenações Filipinas, Livro V, Título d

28) permitiam ao cônjuge ultrajado matar a mulher e o seu cúmplice, se os encontrasse em flagrante.

Há adultério, quer da parte do varão, quer da mulher, ainda que o ato tenha sido praticado após o abandono do lar pelo cônjuge, ou pelo outro cônjuge (6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 21 de janeiro de 1947, *RF* 95/120; Câmaras Reunidas, 13 de junho de 1949, *Ai* 95/193; 2ªCâmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 11 de janeiro de 1949, *PJ* 49/ 222). Se o cônjuge é bígamo, sem que se lhe haja decretado a nulidade do segundo casamento, pode o cônjuge do primeiro casamento alegar o adultério, tanto quanto o do segundo.

Caiu fora dos princípios o julgado da 2ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de agosto de 1941

(RT 133/590), que entendeu diferentemente: "O adultério *é* a união sexual duma pessoa casada com outra que não é o seu cônjuge. Não é possível dizer-se que vive em concubinato quem vive em união legal, assim como não é licito tachar de adúlteras as relações havidas entre cônjuges. Não basta a verificação do elemento material; é preciso que o cônjuge tenha agido consciente e intencionalmente, com a vontade de faltar ao dever de fidelidade. Nada disto se verifica com relação ao réu. Casou-se ele regularmente e enquanto subsistir o seu casamento não existe adultério."

2. *Significação de "adultério".* Quando a lei fala em adultério *(adulter* ou *ad alter* com a mudança do *a* em *u;* adultério, *ire ad alterius thorum),* pressupõe o ato consumado, a violação material do dever de fidelidade, ou, como diziam os Romanos, a efetuação *re,* isto é, pela realização física do fato, sem que se exija, porém, a *sem inatio intra vas,* pois a coabitação com pessoa de outro sexo, ainda que por meios artificiais ou contra a natureza, havendo coito, constitui adultério.

No direito canônico, como no direito brasileiro, o adultério deve ser formal, *culpabilis,* conforme o dizer de São Boaventura. isto é, consentido interiormente, de modo que se exclui a cópula por erro ou por violência.

Também não há, no direito brasileiro, compensação, pela regra de que os crimes não se compensam. Se ambos os cônjuges cometeram adultério, ambos podem ser condenados. Nisso se diferencia do direito canônico, que admite a compensação, de modo que cada cônjuge perde, de sua parte, o direito de pedir a separação de corpos. Ambos os sistemas jurídicos reconhecem o perdão, expresso ou tácito.

O perdão presumido após seis meses do conhecimento do delito, sem ato de expulsão ou de abandono, ou sem propositura de ação, por parte do cônjuge inocente *(Codex luris Canonici,* cânon 1.129), não tem cabimento em direito brasileiro. Aliás, a própria doutrina canônica vê, no texto, simples regra jurídica de presunção *iuris tantum.*

Só há separação por adultério, *juridicamente,* no direito brasileiro, mediante ação de separação judicial, em que o cônjuge adúltero seja condenado. E de afastar-se qualquer validade da cláusula inserta no acordo para a separação consensual, em que um dos cônjuges se reconheça adúltero. No direito canônico, há a separação de corpos por adultério sem a intervenção da autoridade eclesiástica. Aqui convém pôr-se em relevo que o vulgo e alguns

juizes confundem a *suficiência do fato* e a *suficiência da prova;* o estar no mesmo quarto, ou na mesma cama, ou na mesma casa, não basta, *como fato,* para se compor o pressuposto do adultério e se permitir a separação judicial, mas, por vezes, é suficiente para a *prova* do adultério. O fato e a prova são coisas diferentes. A *sem inatio intra vos* é a melhor prova do adultério, porém não é a única. Ainda assim, essa prova, que é a melhor, pode ser elidida por outra que torne inexpugnável a afirmação de que o cônjuge acusado de modo nenhum anuiu no coito, ou em preparativos, ou, sequer, em colóquios amorosos.

3. *Adultério e tentativa de adultério.* Se bem que a figura mais simples do adultério seja a da *sem inatio intra vos,* a doutrina contemporânea tem assente que as relações sexuais bastam, ainda sem a *immissio seminis,* ou, até, *emissio seminis.* Não basta, porém, a tentativa do adultério, ainda o encontro do cônjuge sob o mesmo teto, ou no mesmo quarto, com a terceira pessoa. Conforme as circunstâncias, raríssimas, pode ser insuficiente o estar na mesma cama. As circunstâncias podem fazer bastante o estar no mesmo quarto, na mesma casa, ou na mesma cama. Se no quarto em que está uma doente há duas camas, numa das quais a doente, não constitui prova de adultério estarem sentados na outra, ou, talvez, deitados (as circunstâncias é que decidem), o acusado do adultério e o cúmplice. Se foi encontrado bilhete amoroso do cúmplice ao acusado, ou do acusado ao cúmplice, marcando encontro em certa casa, e são apanhados aí, tempos depois, com sinais de haverem empregado os minutos, ou quartos de hora, ou as horas, em relações sexuais, ou se as

circunstâncias o fazem presumir fortemente, claro que se não precisa de prova direta do coito.

d

4. *Adultério e má-fé do cônjuge.* Elemento essencial é a má-fé do cônjuge acusado. Nesse ponto, tratando-se de pessoas que sofrem de doenças mentais, ainda interditos, *é* permitida investigação cientifica e judicial da sua culpabilidade *in concreto* (Max GmOr, Familienrecht, *Kommentar zum Schweizerischen Gesetz buch,* III, V parte, 149). O acusado tem exceção de dolo contra *o* acusador e as próprias relações sexuais não constituem adultério quando devidas à violência ou ao erro, cabalmente provados. Tampouco, podem perfazer a figura do adultério a simples bigamia sem ter havido relações sexuais, a pederastia, a sodomia e outras infrações sexuais. As infrações sexuais, de que falamos, são injúrias graves. Cp. Código Civil alemão, §

1.365.

No caso, antes estudado (§ 819, 3), de A, que se casou com 8, sendo decretada a nulidade, ou sendo anulado o casamento, e se casou, depois do trânsito em julgado, com C, se A estava de boa-fé ao contrair o segundo casamento, não há adultério nas relações que se seguiram ao segundo casamento ou entre o trânsito em julgado da sentença de nulidade ou de anulação até o passar em julgado a sentença de rescisão da decisão que julgou nulo ou anulou o primeiro casamento. O que é de exigir-se é a boa-fé. Depois de passar em julgado a sentença proferida na ação rescisória, as relações sexuais são de má-fé.

5. *Privação de consciência e adultério.* O emprego de meios que privem de consciência o cônjuge adúltero, quando nenhuma a culpa dele, subsume-se nos casos de violência. Alguns escritores brasileiros querem que o crer-se, com fundamento, na nulidade, ou na anulabilidade, ou na dissolução do casamento por morte do outro cônjuge, retire às relações sexuais a adulterinidade. Mas sem razão. Primeiro, porque o dever de fidelidade existe enquanto existe a sociedade. Nem é possível falar-se em justa crença de nulidade, ou de anulação, sem se provar e se obter a decretação da nulidade, ou a sentença de anulação. Se é certo que, nulo o casamento, ou anulado,

as relações sexuais perdem o que as faria adulterinas, nas ações de desquite não se pode considerar a crença na nulidade, ou na anulabilidade, como excludente do adultério. O que se dá, e só exame superficial não no vê, é a possibilidade de reconvenção na ação de separação judicial, reconvenção em que o réu opõe a nulidade ou a anulação do casamento, questão que tem de ser preliminarmente resolvida pelo juiz, pois que a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (art. 34, *pr., in fine),* e o Código Civil (art. 222) dão à ação de separação judicial e à ação de nulidade ou de anulação o mesmo rito processual. Aliás, somente na ação de nulidade ou de anulação do casamento, ou na reconvenção, é que se pode decidir quanto à putatividade, ou não, do casamento, o que *é* de capital importância para os efeitos civis.

No § 1.565 do Código Civil alemão, a que acima nos referimos, o conceito de adultério foi singularmente extrapolado e forremo-nos de invocar, em direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência alemãs, que se inspiram de textos diferentes, pois o § 1.565 se reporta à lei penal. A bigamia sem relações sexuais, as cópulas entre homem e homem, ou entre homem e animal, ou entre mulher e mulher, estão compreendidas no conceito adotado pelo direito civil alemão. No direito brasileiro, não. O adultério supõe a diferença de sexo, ou pelo menos a preponderância de um sexo e outro sexo, ou a preponderância de um e a de outro. As relações carnais entre pessoas do mesmo sexo, ou da mesma preponderãncia do sexo, constituem injúria grave ao outro cônjuge, e não adultério. A distinção não é sem importância, porque as consequências podem ser diferentes; *e.g.,* tratando-se de perdão por cópula posterior dos cônjuges. No caso de relações entre um cônjuge e pessoa de outro sexo, ou com preponderância de outro sexo, a cópula posterior entre os cônjuges. havendo conhecimento do adultério, é de conceber-se, ainda que revogado o art. 319, parágrafo único, do Código Civil, como perdão. Não assim se, em vez de adultério, se trata de injúria (relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo ou homossexualidade, ainda que uma delas seja hermafrodita, se o sexo predominante é o mesmo, ou se o mesmo o sexo predominante em ambas).

6. *Bigamia e adultério.* Se o cônjuge é bígamo, enquanto não se decreta a nulidade do segundo casamento, ou do primeiro, ou não se anula o primeiro, pode o outro cônjuge, em qualquer dos casamentos, pedir a separação judicial por adultério. E consequência necessária do princípio de direito matrimonial de que o casamento *existente* só se

julga *nulo* ou só se *anula* em processo próprio, que *é,* no Brasil, por força de texto explícito, o de procedimento comum ordinário. A reconvenção é dado opor-se a nulidade ou anulabilidade. À simples defesa, não.

É crime contra o casamento (Código Penal, art. 240): "Cometer adultério: Pena — detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1ª Incorre na mesma pena o co-réu. § 2ªA ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. § 3ª A ação penal não pode ser intentada: 1 — pelo cônjuge desquitado; III — pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente. § 4ª O juiz pode deixar de aplicar a pena: 1 — se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; III — se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil." d

7. Concurso e permissão no adultério. Se o cônjuge concorreu ou admitiu o adultério do outro, o Código Civil excluia a ação de separação judicial, e o mesmo se há dizer sob a Lei nº 6.515, art. 5ª, *pr,* parte final, uma vez que adultério, posto que seja ato que importe em violação ao dever de fidelidade recíproca, não teria tornado insuportável a vida em comum para o cônjuge ofendido. Mas a todo tempo pode *começar* a opor-se, e qualquer ato de adultério posterior à nova atitude basta a que se exerça a ação. E nulo, por ilicitude, segundo o art. 145, III, do Código Civil, qualquer pacto de não poder o cônjuge vir a opor-se. Para o direito alemão, Madin Wolff *(Lehrbuch,* 8ª-20ª ed., III, 118). Veja Tomo III, §§ 240-246.

8. *Adultério e perdão.* Presume-se perdoado o adultério, dizia o art. 319, parágrafo único, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado. Coabitar está, aí, por "ter relações sexuais". ~A quem incumbe o *onus probandi?* O autor da ação de separação judicial prova o adultério; o réu alega perdão e tem de provar, por exemplo, que o autor conhecia o adultério e *anuiu* em ter relações com o culpado, ou as *quis,* realizando-se elas. O ónus cabe ao réu. O autor pode repelir a existência do perdão, provando: *a)* que foi obrigado, por violência, ou ameaças, a anuir, ou a suportá-las; *b)* que houve adultério posterior ao perdão, sem que tivesse havido a continuidade do ato de perdoar; *c)* que havia *dúvida,* e não *certeza,* de modo que as relações sexuaIIIs não se teriam dado se certeza houvesse. Coabitar, nessa regra jurídica do revogado art. 319, parágrafo único, era ter

relações sexuais. Não basta, sob esse prisma, a residência sob o mesmo teto, nem, sequer, o dormir no mesmo leito. Os cônjuges separados no mesmo lar são mais separados, diz máxima de experiência, qute aqueles mesmos que vivem longe um do outro: a proximidade que distancia mais afasta que as distâncias. A lei exclui que não se haja perdoado se relações sexuais existem; porque é a melhor interpretação da conduta dos dois. Todavia, se o que havia de perdoar, foi forçado, ou pela violência física, ou por ameaças a si, ou aos filhos ou a alguém da família, às relações sexuais, não houve perdão. Apenas, o ônus da prova vai a quem alega não ter existido.

A coabitação a que se"referia o art. 319, parágrafo único, éo fato das relações sexuais, e não o permanecer na mesma casa (lª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de março de 1945, *RT*

161/132; 3ª Câma.ra, 21 de agosto de 1946, 163/741). Há ato jurídico *stricto sensu.* A regra juridica do art.

319, parágrafo único, era regra de presunção *iuris tantum.* Se a coabitação foi forçada, ou obtida com dolo, não gerava a presunção; *e.g.,* se o outro cônjuge o obteve mediante exibição de cada falsa de terceiro dizendo que esse, e não o cônjuge, estava no quarto com o suspeito de cumplicidade. Pode o cônjuge pré-excluir o perdão, como se fez o cônjuge culpado assinar cada em que reconheça que as relações sexuais foram apenas no interesse dos filhos, para verificar se houve ou não arrependimento do culpado (cp. 2a Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de dezembro de 1944, *RT* 154/757).

O perdão é ato jurídico *stricto sensu;* manifestação de sentimento não-receptícia (Tomo III, § 241, 2) 9. *Abandono do lar: pressupostos.* Sob o direito anterior, eram pressupostos para a separação judicial por abandono do lar: *a)* que fosse voluntário; *b)* que se prolongasse por dois anos contínuos.

Tal regra jurídica, a dD Código Civil, art. 317, IV, quanto ao pressuposto *b),* não se repetiu na Lei nº 6.515, nem sequer no art. 40, *pr,* uma vez qie aí se alude a *separação de Jato,* não a *abandono.* Se o abandono foi motivado por expulsão, receio fundado de violências, medo de punição etc., não pode ser concedida a separação judicial com fundamento no art. 5t *pr,* mas, preenchido o pressuposto cio lapso temporal, pode ser concedida a separação judicial com fundamento no art. 5ª § 1ª, se impossível a reconstituição da sociedade conjugal, ou o divórcio mencionado no art. 40, *caput.*

O outro pressuposto, *b),* era a continuidade mínima de dois anos. Diferentemente do direito atual, não bastavam, portanto, para a figura legal do abandono: a ausência por menos de dois anos, o abandono intermitente sem perfazer dois anos contínuos etc. E escusado dizer-se que é preciso haver, realmente, *abandono,* pois a ausência por motivo justificado, como serviço militar em tempo de guerra, ou em virtude de profissão, o acordo prévio entre os cônjuges, dexidamente provado, a longa permanência noutro lugar por exigência de saúde, não constituem abandono de lar. Cabe ao autor provar que o acordo foi capcioso, ou só aparente o motivo, ou, em quaisquer casos, a intenção de não mais voltar.

Exemplo de deixada de lar com motivo justificado é o terror irresistível de cedas doenças ou moléstias. O

assunto já foi tratado e merece toda meditação, diante dos fatos. Outro exemplo são as sevícias ou injúrias que obrigaram a que o cônjuge acusado deixasse o lar, ainda quando se não tenha caracterizado a expulsão. É

a chamada *exceptio saevitiae.*

d

Pode ter havido a saída do cônjuge, com motivo admissível, mas sobrevir o abandono; *e.g.,* saida ou fuga para escapar ápolicia, ou à justiça (5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de agosto de 1939, *RT*

121/191).

Se houve acordo para se separar do lar um dos cônjuges não se perfez abandono (Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27 de dezembro de 1948, *RF* 124/145; 8ª Câmara, 18 de julho de 1950, 133/453; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de dezembro de 1939, *RT* 125/587); idem se houve ausência posterior (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14 de janeiro de 1945, 95/ 126), que exclua a culpa abandonante do outro cônjuge. Se havia razão para o cônjuge deixar o lar, não houve abandono; e.g., se o fez forçado por imperiosa necessidade de vida ou financeira (5ª Câmara do Tribunal de Apelação

do Distrito Federal, 15 de fevereiro de 1944, *RF* 100/68; 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de fevereiro de 1952, *RT* 199/290), ou se o outro cônjuge ou os donos da casa tornavam incompatível a convivência (2ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de maio de 1941, *RT* 134/499: "Assentado o mau procedimento do autor, não pode constituir injúria ter a ré, na petição de separação de corpos, alegado tais fatos, nem mesmo o haver abandonado a seu marido. O abandono sô é culposo, quando injusto. Se o marido tratou mal a mulher, não há estranhar que ela o tenha abandonado.

Aplica-se aqui o principio comum a todos os contratos: não pode o contratante exigir do outro o cumprimento da obrigação, se não cumpriu a sua"; 3ª Câmara, 14 de março de 1945, *RT* 160/697: "Não constitui abandono do lar, que autorize a decretação do desquite, ter a mulher deixado a companhia do marido, que vivia com os pais, por não poder viver com a família dos sogros. O requisito de voluntariedade, que a lei civil exige para a configuração do abandono do lar como motivo do desquite, não é a simples ausência de coação física ou moral, e sim, na forma dos ensinamentos dos mestres, a falta de qualquer motivo relevante, num movimento arbitrário, caprichoso, sem justificativa plausivel"; 1ª Câmara, 14 de março de 1950, 186/240: "O abandono do lar não revestido de cunho malicioso, mas, ao contrário, justificado pelo procedimento do outro cônjuge, não constitui motivo para a decretação do desquite"; 2ªCâmara, 20 de março de 1950, 190/171: "A autora afastou-se do lar, com autorização do marido, para residir em casa de seus pais. Não o fez voluntariamente. O

marido não procurou recompor o lar, quando a situação econômica o permitia. Deixou-a, com o filho, em abandono. Sendo assim, o marido é que se tornou culpado"; 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de abril de 1950, 186/836: "A ré não deixou o lar por sua livre vontade. Foi a isso obrigada pelas constantes desarmonias com a m~e do seu marido. Ao invés de este intervir, na procura de solução às contínuas divergências, era elo de malquerenças, pois persiste em coagir sua mulher a ficar ao alcance do pomo da discórdia, O ato da saída da mulher do lar conjugal não foi acintoso e nem n-.ero capricho, o que ela fez foi procurar tranqúilidade, uma vez que sua vida era intolerável ao lado da sogra.

10. *Ausência* e *abandono.* Ao tempo de Alexandre IIII, ainda a Igreja tolerava a dissolução do casamento dos *separa ti,* que depois podiam

casar-se. Era a rotura do casamento por *servitus superueniens.* Por outro lado, foi assaz difundida a regra de que a ausência de sete ou de dez anos dissolvia o matrimônio (L. A. Warnkõnig e L. Stein, *Franzôsisch~ Staats-und* Rechtsgeschichte, 2ªedil, 135; cf. li. Bridrey, *La Condition juridique* des Croisés, 83-85; Besnier, Le *Mariage* en *Normandie* des *origines au XIIII siêcle,* 19 e 20). E interessante observar-se que já se postulava a indissolubilidade e se afirmava que a ausência não dissolvia o casamento.

Tratava-se de presunção de morte, com efeitos no vínculo conjugal, o que importava teórica e praticamente em contradição de Alexandre IIII e de outros. A Reforma admitiu o divórcio por longa ausência. Calvino foi explícito, e explícito o Concílio de Trento em aprovar a proposição do Cardeal da Lorena contra as três causas calvinistas *(propter disparitatem cultus, propter non conuenientiam in conversatione, propter Iongani* absentiam).

11.

Direito brasileiro: ausência e cibandono. No direito civil brasileiro, não basta, para a separação judicial, a ausência, ainda por mais de dois anos contínuos, sem anais; é de mister o *abandono.* A separação de fato, por acordo do5 cônjuges, exclui o abandono, mas a violação de cláusulas do acordo ou a cessação dele torna abandono a permanência não-querida pelo outro cônjuge. O abandono com justa causa não é motivo para separação judicial (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 7 de fevereiro de 1900, 21 de janeiro e 29 de abril de 1911, 7 de fevereiro de 1920, 28 de abril de 1926; Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de dezembro de 1933). Se o marido fixa outro domicilio, a permanência da mulher no antigo, inclusive a casa do pai (1ª

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 18 de julho d~ 1915), perfaz o requisito para a separação judicial, se não justificada. A coabitação esporádica não exclui o abandono (Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 13 de novembro de 1907). A mulher que sai de casa por maus tratos do marido não pode ser condenada na *ação* de separação judicial por abandono do lar (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 19 de janeiro de 1924; Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de maio de 1932). Se o outro cônjuge d

consentiu no abandono, sem qualquer restrição, houve *separação de* fato, e não o abandono suficiente para a separação judicial, salvo se se configurar suporte fático para a incidência da regra jurídica da Lei nº

6.515, art.

5ª § 1ª, que eslatul poder a separação judicial ser pedida, também, se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum bá mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. Se o marido tem concubina, ou a mulher tem amante, justifica-se o abandono pelo outro cônjuge.

12.

Sevícias. Sevícias, como observado, são ofensas à integridade fisica, os maus tratos, e podem revestir diversas formas, tais os ferimentos ligeiros, os cortes de cabelo, as imposições vexatórias, como serviços infimos destinados a criados, castigos corporais de toda espécie etc. Nem sempre, observou-se isto, ê possivel distinguir-se a sevicia da injúria: se a gravidade desta é que importa, aquela é sempre grave.

Sevicia, como ato, positivo ou mesmo negativo, de um cônjuge que prive o outro de satisfazer básicas necessidades cognitivas, sentimentais ou volitivas, é dado que, importando grave violação do dever conjugal de mútua assistência, pode implicar a insuportabilidade da vida cm comum e bastar *à* irradiação da pretensão ao desfazimento da sociedade conjugal (Lei nº 6.515, art. 5Q, *pr,* 2ªparte, e art. 231, IIII, do Código Civil).

§ 835. Atos que importem em grave violação dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos 1.

Sustento, *guarda e educa çâo dos filhos.* Ainda se incluem nos deveres do marido e da mulher o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Infringe-se o *dever de sustento* se não se clã com suficiência alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapênticos. Viola-se o *dever de guarda* quando não se acolhe em casa, sob vigilância e amparo. Não se cumpre o *dever de educa* çâo ao não se instruir, ou ao não se fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar. Se é o que se dá, a separação judicial pode ser pedida, porque incide a regra jurídica da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 59, pr, segundo a qual a pretensão àextinção da sociedadc conjugal se irradia se um dos cônjuges atribui ao outro ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 836. A insuportabilidade da vida em comum

1.

Prova da insuportabilidade. Estatui a Lei nº 6.515. de 26 de dezembro dc 1977, art. 59, *capud:* "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cânjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

A questão do elemento subjetivo da insuportabilidade é assaz delicada; mas é possivel proceder-se à caracterização do que pode influir na insuportabilidade provinda da pessoa que a invoca. Certo, no dizer-se que um dado ê insuportável tem de ser levada em conta a receptividade do cônjuge ofendido. Uma situação, por exemplo, é aquela em que esse, de rigorosa educação moral e irrepreensível conduta social, recebe imputação caluniosa de adulléria; outra aquela em que esse, de reduzidissimos princípios éticos e comportamento em sociedade absolutamente reprocbávcl, recebe imputação caluniosa de adultério. O

julgamento, num e noutro caso, não pode ser o mesmo. E o elemento subjetivo intervêm, diferenciando os dados das causas.

A sutileza da distinção há de levar os juizes à longa meditação dos elementos subjetivos, no *que eles* se *objetivam,* isto é, no que eles constituem prova de receptividade, e não no que ficam no campo das opiniões pessoais, ou de cada temperamento. A insupodabilidade é a que se apresenta, nos *fatos,* se determinada pela causa da ofensa, e não em se *dizer* ou em se *pensar* ser insuportável a convivência com o outro cônjuge, devido à ofensa. Insuportável é o que o é, e não o que se opina seja. Algumas vezes o elemento subjetivo desfaz a insuportabilidade, em vez de produzi-la.

E o caso de todos os cônjuges que, a despeito da ofensa e

da sua gravidade e de ser, de ordinário, insuportável, não na vêem sequer, ou vêem, mas o amor a supera. O

que casa com cônjuge que se revela adúltera e, descobrindo-o, com ela continua e com ela coabita, desfaz o conceito de insuportabilidade que

objetivamente se estabelecera; o elemento subjetivo objetiva-se, mostrando que é suportável, e não insuportável, a vida conjugal.

d

§ 837. Processo da separação e do divórcio consensuais

1.

Petição de separação consensual. Diz a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 34: "A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário. § 1ª. A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo. § 2ª. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cónjuges. § 3ª Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles. § 4ª, As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião."

Do mesmo modo, se a hipótese não é de separação, mas de divórcio consensual por separação de fato há dois anos consecutivos, o procedimento adotado será também o previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observando-se, ainda, as seguintes normas: a) a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instmída com a prova documental já existente; *b)* a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dele necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida; c) se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada; *d)* a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

No caso de separação consensual e, observados os discrimes das espécies, também de divórcio consensual, devem os cônjuges apresentar ao juiz a petição, assinada por ambos, ou, se não sabem ou não podem escrever, por outrem a rogo deles, além dos advogados, ou

do advogado comum. No direito anterior a 1939 era repelida a assinatura a rogo. O Código de 1973, art. 1.120, §§ 1ª e 2ª, e a Lei nº 6.515, art. 34, §§ 3ª e 49, permitem-na e exigem o reconhecimento por tabelião se não for lançada na presença do juiz.

Uma só pessoa pode assinar a rogo por ambos os cônjuges, se é o caso (Turma Julgadora do Tribunal de Justiça de Alagoas, 23 de abril de 1948, R(JB 80/201). Em vez disso, podem constituir procurador, por escritura pública, se não podem ou se não sabem escrever (sem razão, a 2ªCâmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 3 de agosto de 1948). Se sabem e podem escrever, não pode ser assinada por procurador a petição (2ªCâmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de outubro de 1948, *RT* 177/716).

O Código de 1973, art. 1121, estatui: "A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver conterá: 1 - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; III - o acordo relativo á guarda dos filhos menores; IIII - o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter" O art. 1.121 apenas concerne aos requisitos especiais da petição inicial, O art. 282 do Código de Processo Civil vem à frente, porque, como ius cogens, atinge qualquer petição. Dela há de constar o juiz ou tribunal a que é dirigida (dissemos tribunal porque a separação consensual pode ser pedida, dentro do processo de separação judicial em grau de recurso, que essa naquela se converta, conforme o art. 1.123). Na petição hão de estar os nomes, prenomes, estado civil (que é necessariamente o de casados), a profissão, o domicilio e a residência dos cônjuges, o fato (sociedade conjugal que se quer dissolver) e os fundamentos jurídicos do pedido (manifestações de vontades concordantes para a separação judicial) e o pedido, com a especificação.

Pode ser que os cônjuges acordem em que a mulher continuará com o nome do marido, o que, em caso de omissão, é o que se tem por assente (Código Civil, art. 240), ou em que passe a mulher a usar o seu nome de solteira, ou que use outro à sua escolha. Também a petição há de referir-se ao valor da causa.

Os atos processuais correm em segredo de justiça (art. 155, III).

2.

Procuração. A procuração por instrumento público não foi posta de lado pelo Código, se o cônjuge não sabe ou não pode escrever. Quem pode o mais pode o menos, — mas é procuração em que o texto da petição deve ser inserto.

No Código de Processo Civil, a art. 1.120 exige a assinatura dos cônjuges no pedido de separação consensual.

Dai procurou tirar a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 19 de março de 1945 *(J* de 1945/93X"que se exigia ser feita aos cônjuges, e não aos procuradores ou advogados, a intimação da sentença; mas a mesma Cãmara Cível, a 14 de maio e a 4 de junho de 1945 *(J* de 1945/244), afastou-se de tal ilação.

d

Se os cônjuges podem assinar, têm de fazê-lo na presença do juiz; se não o fazem, a lei exige que sejam reconhecidas as firmas por tabelião.

3.

Certidão de *casamento, ou prova que a valha.* A prova que valha a certidão de casamento é a que se determine em direito material.

No Código de 1939, art. 642, ao falar-se da petição instruída com a certidão do casamento, dizia-se que tinha de ter sido realizado há mais de dois anos. O Código de 1973, art. 1.121, apenas exige a certidão de casamento. Com isso não se havia revogado o art. 318 do Código Civil, no qual se estatuiu que se daria "a separação consensual dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado". A retirada do que constava do Código de Processo Civil de 1939 de modo nenhum significou que se atingiu o Código Civil. Se bem que não devamos estar a buscar a intenção do legislador, em vez de aplicarmos regras jurídicas de interpretação das leis, de base científica, frisemos que havia dúvida sobre o próprio legislador ter tido tal intuito. A regra jurídica do Código Civil estava no Código de 1939 e o Código de 1973 não a reproduziu; nem precisaria fazê-lo, porque se trata de regra jurídica de direito material.

O Código de 1973 exigiu a certidão de casamento, porque isso é

preciso no campo do direito processual. No artl 1.122 está claro que o juiz tem de verificar se a petição inicial preenche os requisitos; mas o prazo que estava no art. 318 do Código Civil e está, hoje, na Lei nº 6.515, art. 42, é assunto do mérito, e ele pode examinar desde logo a petição no tocante àfalta da causa de pedir (art. 295, 1, e parágrafo único, 1). A petição é inepta. Se um cônjuge entende que há razões para a separação judicial, que proponha a ação. No próprio Projeto do Código Civil ainda se marca prazo, posto que diminuído para um ano (Suplemento do *Diário Oficial* de 13 de junho de 1975).

4.

Contrato antenupcial. A exigência que fez o Código de 1939, art. 642, 1, de se instruir a petição com o contrato antenupcial atendia a que o juiz precisa saber qual o regime matrimonial dos separandos. No Código de 1973 retirou-se a alusão, de modo que apenas, muitas vezes, há conveniência, porque se faz a descrição dos bens do casal.

5.

Descrição dos *bens do casal* e *partilha. Comunicação de conhecimento,* e não declaração de vontade, quanto aos bens que são comuns e, o que é conveniente, quanto aos bens que são próprios, ou apenas quanto aos bens somente comuns. Há exteriorização da vontade de ambos os cônjuges sobre a partilha, dirigida ao juiz, de modo que a *declaração* de vontade, que aí se faz, no tocante a partilha, *ainda* não é o negócio jurídico, uma vez que a cooperação da autoridade, que é o juiz, é necessária ao negócio jurídico da partilha dos bens dos separandos. A distinção entre comunicação de conhecimento (art. 1.121, 1, *verbis* "descrição dos bens do casal") e declaração de vontade *(verbis* „... respectiva partilha") é relevante, na teoria e na prática. Por aquela, pode ser responsabilizado o cônjuge que deu a informação ao outro, ou que escreveu a petição, se o outro não pode ler. A manifestação quanto á partilha não contém *afirmações,* mas vontade. O art. 1.121, 1, não faz essencial a declaração de vontade sobre a partilha dos bens, devido ao art. 1.121, parágrafo único. A comunicação de conhecimento sobre os bens é essencial; sobre ela repousará o inventário, podendo fazer-se nova comunicação (complemento, não retificação da relação anterior) se, por ocasião da partilha, se tiverem de inventariar outros bens. Se fora feita a declaração da partilha (portanto acordo quase feito), então houve sentença sobre a partilha, que somente pode ser impugnada por ação ordinária. A *retificação* da

relação feita também depende de ação.

É essencial a descrição dos bens do casal na petição inicial (1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de outubro de 1940, 17 de novembro de S41, 8 de junho de 1942, *RT* 128/244; 134/576; 136/677; 3ª

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 28 de julho de 1947). É escusada se não hã bens. Ou se as circunstâncias mostrarem que não se pode, no momento, saber quais sejam esses bens. Não se submete o interesse de assunto ligado à pessoa ao interesse de ordem econômica.

Se um dos cônjuges abre mão de algum bem, de modo que o outro recebe mais do que lhe tocava, paga esses os impostos de transmissão de imóveis, como foi liberalidade (1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de maio de 1948, *RT* 174/665).

A Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. a 21 de março de 1946 *(e* de 1945/212), entendeu que não prevalece (isto é, não é eficaz) o acordo que desobriga um dos cônjuges de prestar assistência aos filhos do casal. Não está cedo. Se se julgou e transitou em julgado a decisão, só a ação rescisória poderia caber. A questão nada tem com a pretensão dos filhos a alimentos, invocando os art. 396 e 397 do Código Civil.

d

O acordo sobre os bens em que fica evidente o grave prejuízo de uma das partes não deve ser homologado (2ªCâmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de setembro de 1942, *RT* 140/614). O juízo da separação judicial não é o próprio para atos de liberalidade que infrinjam os arts. 1.175 e 1.176 do Código Civil; a *fortiori,* se não há aplicação do art. 320 do mesmo código ou art. 1.121, IV, do Código de Processo Civil. Todavia pode acontecer que a medida caiba no art. 1.109, 2ª parte.

A ação de sonegados pode ser proposta em caso de inventário em separação judicial (1ª Turma de Câmaras Civeis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24 de setembro de 1951, *RT* 205/532), ainda se litigiosa (3ª

Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de abril de 1951, 192/172).

Ao fazerem a descrição dos bens, têm os cônjuges de mencionar as dívidas, bem como as gravames e ônus dos bens descrir tos, inclusive referir-se a que alguma ação está pendente no tocante a algum ou a alguns bens.

6. Acordo sobre a *guarda* dos *filhos.* O acordo sobre a guarda dos filhos é declaração de vontade. Somente se há de entender como tal; e a regra legal sobre a guarda dos filhos é, ai, dispositiva, ou interpretativa. Em consequência, o juiz não pode homologar a separação judicial, ou o divórcio consensual, se: a) no acordo, um dos cônjuges renunciou a direito irrenunciável, e.g., ao pátrio poder (a guarda dos filhos pode ser objeto de pacto); ou *b)* um dos cônjuges se isentou de algum dever cogente quanto aos filhos; ou se nada se estabeleceu sobre o sustento em sentido lato (criação), ou educação dos filhos.

7. *Criação e* educação dos filhos. A criação dos filhos compreende comida, casa, vestes, remédios, médico etc.; a educação, o meio em que hão de vivefl as convivências e a escola.

A decisão que homologa a cláusula da separação consensual concernente aos filhos, ou que foi inserta pelo juiz, em virtude do art. 10, § 2ª, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, pode ser modificada, se as circunstâncias por modo tal mudaram que se impõe a modificação, no interesse do filho ou dos filhos (ação de *modificação).* Na espécie, devido ao art. 10, § 2ª, da Lei nº 6.515, a ação pode ser iniciada pelos cônjuges, inclusive em acordo modificativo, que se leve à homologação, pelo Ministério Público, pois que foi ouvido sobre a cláusula, ou, de ofício, pelo juiz.

Competente para julgar a ação de modificação de cláusula de separação judicial sobre os filhos é o próprio juiz da separação judicial, e não o do domicilio posterior dos pais, ou dos filhos (7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de julho de 1951).

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 13 de janeiro de 1950 *(DJ* de 8 de janeiro de 1951), entendeu que, na separação consensual, não podem os cônjuges estabelecer o internamento dos filhos.

A confusão ressalta. A cláusula é lícita.

Se as circunstâncias posteriores sugerem aos separados outra solução, podem eles modificar aquilo em que acordaram. Tais circunstâncias, quando sejam concernente.s a interesse dos filhos, ou do filho, ou, ainda, a algum ou alguns deles, podem ser tão importantes que perfaçam a pretensão de qualquer dos separados ou do Ministério Público á modificação da cláusula. Trata-se, então, de ação *de modifica* ção, que, com fundamento analógico no art. 10, § 2ª, da Lei nº 6.515, pode ser iniciada pelo juiz, de oficio. A ação de modificação é inconfundível com a do art. 394 do Código Civil, exercida após o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de separação judicial.

Quando o 1ª Grupo de Cãmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 14 de novembro de 1950, e a 2ªCâmara Civil, a 20 de junho de 1950 *(RT* 190/126 e 188/247), julgaram que os motivos graves podem dar ensejo à „alteração" das cláusulas adotadas na ação de separação judicial a respeito dos filhos ou por serem os fatos alegados „desabonadores da conduta do progenitor prejudicado", ou porque tais fatos possam ser nocivos ao „bemestar do menor ou ao „seu desenvolvimento físico e moral", como se houve prematura internação em estabelecimento de ensino, andaram perto da distinção entre as duas ações, — a de modificação da cláusula da separação judicial e a ação do art. 394 ou mesmo do art. 395 do Código Civil, ação que não modifica o acordado na separação judicial, ou estabelecido pelo juiz, e apenas tem eficácia que atinge a esfera jurídica dos pais ou de um deles.

8. Pensão *alimentícia do marido á mulher.* A pensão alimentícia do marido à mulher é dependente das necessidades da mulher e dos meios do marido. A sentença, nesse ponto, é sujeita à mudança das d

circunstâncias. Pode dar-se que nada haja querido a mulher.

O direito a alimentos, na ação de separação judicial, pode não ser exercido. Todavia, homologada a separação judicial, a necessidade posterior de prestação alimentícia não faz titular de pretensão a alimentos o separado, salvo a ação de nulidade ou de anulabilidade do acordo, se é o caso (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 22 de julho de 1947, *Di* de 17 de fevereiro de 1949; sem razão a Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Node, a 26 de março de 1947, *RF* 117/515, e 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 13 de outubro de 1947, 12 de abril, 2 e 6 de setembro de 1948; 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1947, *RT* 168/270). Pode dar-se mesmo que haja base para a ação rescisória.

Se a mulher é dona de bens ou tem rendas que bastem para mantê-la, o art. 1.121, IV. permite que disso não se fale na petição, posto seja conveniente dizê-lo, salvo se a descrição dos bens por isso dá o suficiente informe.

Extinta a sociedade conjugal, não há direito superveniente da mulher a exigir pensão alimenticia.

Surge um problema: ~vale a cláusula de prestação de pensão alimentícia do marido à mulher se essa possui bens suficientes para se manter? Se a mulher não tem bens suficientes para se manter, há a exigência do art.

1.121, IV; mas isso não afasta que o marido possa fixar pensão alimentícia ou não só alimentícia, se a mulher tem bens suficientes *(e.g.,* marido milionário e mulher que tem renda ou vencimentos ou honorários suficientes).

O Código somente se refere à prestação de pensão alimentícia se a mulher não tem bens suficientes. Pergunta-se: se a mulher, por exemplo, tem grande renda e o marido está paralítico e não tem renda suficiente, ~tem-se na petição de mencionar essa pensão? A resposta há de ser afirmativa, porque solução diferente feriria os arts.

59, § 1ª, e 226, § 59, da Constituição de 1988, que são princípios supraestatais dos Direitos Humanos. Não se trata, outrossim, de divórcio, o que cortaria o vínculo conjugal, mas de separação judicial, com o qual permanece o vínculo e só se extingue a sociedade conjugal, que pode ser refeita. Advirta-se que essa é, também, a

interpretação que se tem de dar na separação litigiosa, ou mesmo no divórcio, até porque os art. 19

e 40, § 2ª, III, da Lei nº 6.515, de 27 de dezembro de 1977, diversamente do que se estatui no art. 1.121,1V, do Código de Processo Civil, não se referem apenas a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter"; *aliter,* dizem que "o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar" (art. 19), e que "a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção" (art. 40, § 2ª, III). Ora, se a mulher é o cônjuge responsável pela separação e o marido necessitar da pensão, talvez mesmo em estado físico ou psíquico que não lhe permite trabalhar, admitir-se que nenhuma obrigação tem a mulher condenada na ação se separação judicial, seria contra os arts. 59, § 1ª, e 226, § 59, da Constituição de 1988, e contra os Direitos Humanos retirar o dever, que o marido, se fosse o condenado teria.

O art. 404 do Código Civil ação de separação judicial *(Tratado* 1; sem razão, a 2ªCâmara Civil Paulo, a 29 de abril de 1947, não concerne a alimentos em de *Direito Privado,* IX, § 1.001, do Tribunal de Justiça de São e a 4ª Câmara Civil, a 4 de dezembro de 1947 e 5 de fevereiro de 1948, *RT* 166/707, 172/99 e 173/305). Cedas, a nº Câmara Civil, a 12 de dezembro de 1945, 172/231, e a 4ª Câmara Civil, a 24 de setembro de 1948, 177/325).

9. Exigência do *reconhecimento da* firma. No art. 1.120, § *1ª,* a propósito do pedido de separação consensual ("por mútuo consentimento"), que se aplica também ao divórcio consensual (Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª), diz-se que a petição há de ser assinada pelos cônjuges, ou, "se não puderem ou não souberam escrever", assinada a rogo. Acrescenta o § 2ª: "As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião." A espécie é de pressuposto de validade, de modo que se sana a nulidade com o reconhecimento posterior á entrega da petição, ou há a ratificação em juízo.

A exigência do reconhecimento da firma por tabelião é quanto à assinatura que não for lançada na presença do juiz. Se não o houve, converte-se o julgamento em diligência para que seja reconhecida a firma (6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de fevereiro de 1951, *RT* 191/677, *RT* 146/321; 1ª Câmara Cível do

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1951), ainda que no segundo grau de jurisdição.

A solução de se decretar a nulidade (2ªCâmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de abril de 1951, *RT* 193/272) viola os princípios do direito processual civil. Se foi arguida e não atendido o argflente, a sentença, que transitou em julgado, é rescindível por "violar literal disposição de lei" (art. 485, V).

O art. 1.120, § 2ª, nada tem com a assinatura do procurador judicial (6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de dezembro de 1952, *RT* 208/296). Só se refere ás assinaturas dos cônjuges e devemos evitar d

confusões.

Se só um cônjuge não podia assinar e o outro assinou, aquele temo tratamento do art. 1.120, § 1ª, e esse, o do art. 1.120, § 2ª. No caso de ambos poderem assinar e terem assinado, mas um na presença do juiz e o outro não, a assinatura desse tem de ser reconhecida por tabelião.

10. Acordo sobre *a partilha* dos bens. A padilha dos bens, se houve acordo, é pade integrante da sentença da homologação, ainda que o juiz exclua a parte ilícita ou contra os bons costumes, se separável. Se não houve acordo, procede-se a inventário dos bens. De modo que o requisito da declaração de *vontade* sobre os bens do casal (comuns) não é essencial ao pedido. Não tendo havido a declaração de vontade do art. 1.121, 1, 2ª parte, não houve sentença sobre os bens, mesmo que tenha havido sobre os bens comuns alguma comunicação de conhecimento do art. 1.121,1.

A partilha feita na separação judicial dispensa o inventário posterior, judicial (4ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14 de janeiro de 1944, i 22/14), a exemplo da feita no divórcio.

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 28 de maio de 1951 *(RT* 197/422), explicou: "É

necessário que os próprios requerentes descrevem os bens individualmente **...,** e dêem valor a cada um deles separadamente. Não é exato que o § 39 do art. 642 só se ajuste à hipótese prevista

pelo § 2ªainda na hipótese do art. 642, III, há necessidade de serem os bens descritos e avaliados separadamente". Hoje, art. 1.121, 1, e parágrafo único.

Disse a 3ª Câmara Civel do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 23 de agosto de 1951: "No sistema do Código de Processo Civil, não é essencial ao desquite amigável que os cônjuges desquitandos acordem, desde logo, sobre a partilha dos bens do casa], quando houver bens a padilhar. Desde, porém, que, com o pedido de desquite, os desquitandos manifestem, como na espécie dos autos, expressamente seu acordo quanto à partilha dos bens, tal acordo deve ser homologado na mesma sentença, a menos que o juiz tenha motivos para o não fazer, caso em que deveria declará-los. Quando não há acordo dos desquitandos, ou quando a partilha por eles proposta não é legalmente possível, éque se aplica o preceito contido no § 20 do art. 642 do Código de Processo Civil." Hoje, art. 1.121, parágrafo unico.

O art. 1.121, parágrafo único, manda que se observem as regras jurídicas sobre inventário e partilha. E

dispensável nova comunicação de conhecimento sobre a relação dos bens, pois que foi feita antes. Se há outros bens, a relação desses é indispensável. O art. 988 só é aplicável se um dos cônjuges morre antes da partilha, caso em que a competência é do juiz da separação, quanto aos bens da relação, somente podendo atrair o inventário e partilha da herança se pode dar-se, segundo a lei de organização judiciária, a prevenção ou prorrogação. O art. 990 é inaplicável. Pode ocorrer, contudo, remoção do inventariante (art. 995).

Inventariante, no processo de inventário e partilha, é o cônjuge inocente; na separação consensual, quem foi escolhido no acordo, ou, se o não foi, o marido (cp. 2a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2 de maio de 1947; *RF* 116/184). Sem ambos são condenados, na separação judicial o marido.

11.

Partilha em execução da sentença de separação *judicial* —A partilha, se não houve acordo, tem de ser execução da sentença de separação judicial, que é sentença de *separação de corpos e de* bens. A sentença é o título executivo e dá a base ao inventário judicial e à partilha, segundo os arts. 1.022-1.030 ou 1.031-1.045, *mutatis niutandis,* e

eliminado tudo que é peculiar à partilha entre herdeiros. Trata-se de ação de inventário e partilha no mesmo processo, salvo se as partes preferirem fazer noutro processo, ou se, tendo morrido um dos cônjuges, se prefere, por economia processual, levar a partilha entre os cônjuges ao juízo do inventário e partilha dos bens da herança.

(Teoricamente, observe-se que a sentença constitutiva negativa da separação judicial, ou do divórcio, tem efeito executivo. Efeito, e não força. Á semelhança das sentenças condenatórias. Porque tem efeito executivo, há ação de partilha, que é executiva, fundada no título executivo da sentença de separação judicial, ou de divórcio.)

~São de invocar-se as regras jurídicas sobre bens não suscetíveis de divisão cômoda e adjudicação, em se tratando de partilha por separação judicial? (cf. 5ª Cãmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 10 de outubro de 1951). Ao cônjuge assiste na partilha por separação judicial a mesma atenção que a lei lhe reconhece na partilha por morte do outro cônjuge. *A fortiori,* pode ser pedida a d

adjudicação antes da hasta pública, ou do leilão.

12.

Partilha inclusa no acordo inicial. O juiz não pode obrigar a que na separação consensual, mesmo no divórcio consensual se faça desde logo a partilha. Pode não ser possível, no momento, o acordo, ou ser de conveniência para os cônjuges, que só se faça depois. A omissão da partilha só é dependente dos cônjuges. Se houve acordo e, antes da homologação, um dos cônjuges alega erro, dolo ou outro defeito de vontade, a decisão do juiz que, homologando a separação judicial, deixe de fora a partilha, se entende que remeteu os interessados às vias ordinárias (anulabilidade do acordo, negócio jurídico bilateral). O que o juiz não pode fazer é indeferir o pedido de homologação por considerar elemento necessário a partilha (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 17 de janeiro de 1950, *RF* 132/90 *OD* 70/173; Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, *RuES* VIII/507). A descrição e a avaliação, sim. São requísitos necessários. Se os bens são atribuidos em sua totalidade ou por mais de metade ao outro cônjuge, há doação (5e Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de maio de 1952, *RT* 202/271), ou outro negócio jurídico

de disposição. A afirmativa da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de maio de 1952 *(RT* 202/271), no sentido de somente poder haver doação após a partilha, é de repelir-se. Doa-se parte *pro indiviso,* doa-se a metade em determinado bem, o que pode ser feito antes da partilha, ou fora da partilha: doa-se por negócio jurídico incluso no acordo de partilha, para que se considere cláusula desse e dependa da homologação da partilha (pode ser concebido, aliás, como separável, só dependente, portanto, da homologação da separação judicial). Se se atribuem todos os bens a um só dos cônjuges, entende-se que houve partilha e doação, ou partilha *e* outro negócio jurídico, oneroso, devendo-se respeitar os princípios concernentes ao negócio jurídico que está á base da atribuição.

Entende-se, outrossim, que se respeitou o princípio *de* igualdade (imprópria a explicação que dá a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de junho de 1948, *RF* 126/89): ainda se se atribuem todos os bens, houve, implícita, a partilha, na qual éde se supor que se hajam observado os princípios pertinentes.

13. *Audiência* dos *cânjuges.* O juiz tem de ouvir os cônjuges sobre os motivos do pedido. Está na lei (as críticas de Tito Fulgêncio, Do *Desquite,* 234, seriam para ser examinadas e discutidas de lege ferenda e não foram atendidas). A ratificação do pedido de separação judicial, ou de divórcio consensual, é formalidade essencial e constitui parte integrante da comunicação de vontade e da declaração, que foi a petição inicial no juízo dúplice da separação ou do divórcio consensual. Adiante, falaremos. Pode esclarecer algum item da petição, até mesmo alterá-lo (arg. ao art. 264), desde que mantenha o pedido de separação, ou de divórcio, consensual. Ratificado o pedido, o desaparecimento do cônjuge não obsta à homologação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de fevereiro de 1913); não assim, a morte, ainda que a separação judicial ou o divórcio estejam em grau de apelação, e, sob o regime anterior, de ofício ou não (1ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de julho de 1906, *RD* 1/368; Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de fevereiro de 1919). *Aliter,* se em grau de recurso extraordinário, ou especial, intentado do acórdão que reformou a sentença homologatória, por simples *quaestio iuris.* E preciso cuidado em não se confundirem as *ações* de *invalidade de casamento* (absoluta e relativa) com as ações *de* separação *judicial.* As de nulidade ou de anulação dizem respeito ao passado, e o elemento declarativo é maior, posto que sejam ações constitutivas. As ações de nulidade e anulação correm contra o morto. Não coincidem a

legitimação ativa e a legitimação passíva, nas ações de nulidade ou de anulação, e nas ações de separação judicial. As ações sobre existência do casamento são ações declarativas.

Alguns juristas atacavam a regra jurídica de serem ouvidas as partes sobre os motivos da separação consensual, porque tais motivos não devem vir a público e poderia isso causar escândalo. Ora, a separação consensual, como a própria separação judicial, é em segredo (art. 155, LI), e o conhecimento dos motivos somente pelo juiz de modo nenhum se há de considerar base para divulgação prejudicial. salvo se há atitude criminosa do juiz. Além disso, tem aí o juiz dados que podem servir à conciliação.

14. *Convicção suficiente* do *juiz.* No art. 1.122, § 1ª, há duas hipóteses: *a)* a de ficar convencido o juiz de que ambos os cônjuges, livremente e sem qualquer hesitação, desejam separar-se, razão por que manda reduzir a termo as declarações ouvidas e, após falar o árgão do Ministério Público no prazo de cinco dias, homologará o pedido de separação judicial; *b)* a de faltar ao juiz a convicção de que os cônjuges não hesitam quanto a separação consensual. Idem, quanto ao divórcio consensual.

15. Prazos e *datas.* A regra jurídica do Código de 1939, art. 643, provinha do Decreto nº 181, de 24 de janeiro d

de 1890, art. 86, onde se dizia: Recebidos os documentos referidos e ouvidos separadamente os dois cônjuges sobre o motivo do divórcio, pelo juiz, este fixar-lhe-á um prazo, nunca menor de quinze dias, nem maior de trinta, para voltarem a ratificar ou retratar o seu pedido." Donde a pluralidade de interpretações, todas com decisões judiciais que as preferissem: *a)* o juiz teria de Vnºzer que somente após quinze dias, ou somente após mais de quinze dias, até trinta dias, se podia dar a ratificação, de modo que, despachado o pedido, não poderia ser ratificado antes desse prazo, considerado de reflexão, mas o poderia ser após ele, sem limite; *b)* o juiz marcaria a data entre o décimo quinto dia após o despacho e o trigésimo dia, podendo ser marcado outro dia se justificada a falta; *c)* o juiz marcaria prazo, que terminaria no décimo quinto dia após o despacho, ou noutro dia até o trigésimo dia, e prazo de quinze a trinta dias, após expirar aquele: d) o prazo de quinze a trinta dias, iniciado no dia seguinte ao despacho.

Hoje, há o art. 1.122, § 1ª, que não estava no Código de 1939.

a) A verdadeira solução era a solução *a):* o prazo era de reflexão. Acertadamente, as Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de março e a 3ª Câmara Civil, a 30 de novembro de 1950 *(RT*

185/901 e 190/892), converteram o julgamento em diligência para nova ratificação por se ter ratificado o pedido no décimo quinto dia, pois somente poderia ser ratificado a partir do décimo sexto dia (quinze ± um).

b) A 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de maio de 1952 *(RT* 202/284), disse que o juiz havia de designar o dia, e não fixar prazo. Ora, a lei estabelecia exatamente o contrário: "lhes fixará prazo de quinze a trinta dias". Se havia conveniência em se determinar, desde logo, o dia, era outra questão (le Câmara Civil, 23 de outubro de 1951, *RT* 197/215); e a não-comparência dos cônjuges para a ratificação, sem ocorrer força maior, havia de ser tida como mudança de vontade. Aí é que se precisava alegar força maior (Código de 1939, art. 38). Força maior somente se havia de afirmar e provar ter existido se foi admitido pelos cônjuges o dia marcado; porque a lei não falava. de modo nenhum, em designação de dia.

Prestemos atenção ao que desejava a 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, porque, contra a lei de então, é o que hoje está na lei, e, de *lege ferenda,* foi acertado.

O prazo era de quinze a trinta dias. A lei não dizia que havia de ser designado o dia nos quinze até trinta dias (sem razão, também, a 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de outubro de 1947, *RT*

172/178). O prazo é que tinha de ser de quinze a trinta dias (2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de janeiro de 1951, *Ai* 101/233). Havia nulidade (não comi-nada) de processo se o juiz marcasse prazo a começar de quatorze dias ou menos (6ª Câmara Civil, 3 de setembro de 1948, *RT* 177/181) e a ratificação foi no décimo quarto ou no décimo quinto dia. A prática de se designar dia, sem se marcar o prazo, era ilegal; a designação do dia, se se marcou prazo, somente pode ser entendida como de dia inicial do prazo. Tudo isso mudou. E o juiz, hoje, que marca o dia e a hora.

c) Se o prazo fora prazo menor de quinze dias e a ratificação se deu, havia nulidade, porque a lei exigia que a ratificação somente se fizesse após quinze dias de reflexão (prazo minimo para a ratificação). Assim, a 2ª

Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 6 de agosto de 1951 *(JM* V/531), e a 1e Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, a 16 de maio de 1950 *(Pi* 25/209); sem razão, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 31 de julho de 1951 *(Di* de 23 de fevereiro de 1952). A interpretação *c)* era de repelir-se exatamente porque o texto não permitia que se pensasse em dois prazos, um de reflexão (prazo de pelo menos quinze dias, findo o qual podiam os cônjuges ratificar o pedido) e outro de atividade (prazo de quinze dias, ou mais, até trinta dias). Ou se entendia que daquele cogitou a lei, ou se entendia que cogitou desse. Hoje, há a regra juridica do art. 1.122, § 1ª, verbis "o juiz marcar-lhes-á dia e hora, com quinze e trinta dias de intervalo, para que voltem, a fim de ratificar o pedido da separação consensual", de jeito que se lê como se dissesse "o juiz marcar-lhes-á dia e hora, para com o prazo de quinze a trinta dias, findo o qual possam ratificar o pedido de separação consensual".

d) A solução *d)* eliminaria a *ratio legis* do Código de 1939, que era a de se dar tempo para que os cônjuges refletissem e pudessem retirar o pedido.

Se, em técnica legislativa, se poderia adotar a), *b)* e *c),* a solução *d)* não teria sentido, a *ratio legis* haveria de ser a oportunidade para a reflexão. *De lege lata,* a solução j) era a única acertada; porque a lei tem por fito estabelecer trato de tempo para que os cônjuges repensem as suas declarações de vontade, o que afastava a solução *d);* o Código de 1973 falou em designação de dia e hora, o que corresponde, hoje, à solução *b);* não se podem buscar à proposição única dois conteúdos, o que rechaça a solução d).

Muitos erros provieram de não terem os juizes distinguido as quatro soluções e por vezes adotarem ora uma ora outra. Alguns erros, ainda sob o Código de 1939 foram graves (e.g., 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de abril de 1951, *RT* 193/211, que seguiu c), e V Câmara Civil, 5 de agosto de 1952, 204, 265).

d

Frise-se bem que o Código de 1973 seguiu a solução *b),* ao passo que o Código de 1939, art. 543, acolhia a solução *a),* mais adequada.

A ratificação antes de iniciado o prazo não valia (nulidade não-cominada). Dizia-se que não vdia se depois de expirado, salvo força maior (Câmaras Cíveis Reuridas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30 de outubro de 1947, *AJ* 87/274; 5ª Câmara Cível, 11 de maio de 1951, *DJ* de 16 de abril de 1953; 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de fevereiro de 1947, *RT* 166/616, e 5 de junho de 1947, 168/678), mas isso se chocaria, hoje, com o art. 1.122, § 2ª, onde explicitamente está dito que, "se qualquer dos :ônjuges não comparecer à audiência designada ou não ratificar e pedido, o juiz mandará autuar a petição e documentos e arquivar o processo." Todavia, a audiência pode ser adiada se algum dos cônjuges não puder comparecer por motivo justificado" (art. 453, 1), ou se os dois cônjuges acordarem, o que só se permite uma vez (art. 453, 1). O impedimento tem de ser provado até a abertura da audiência (art. 453, § lo).

A ratificação tem de ser feita pessoalmente. Não se admite representação (2ªCâmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 20 de janeiro de 1948, *PJ* 47/El). A ratificação há de ser na presença do juiz (3Q Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de setembro e 20 de novembro de 1947, *RT* 170/583; 6ª Câmara Civil, 2 de maio de 1917 e 27 de fevereiro de 1948, 167/688, e 173/738; 1C Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 19 de julho de 1948, *Ei* 37/52; 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de março de 1951) e por ele assinada (sem razão, a 1? Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15

de setembro de 1941, OD 50/254). A 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de novembro de 1947 *(RT* 17 1/648), permitiu a ratifica(ão perante o juiz no dia, e a lavratura e assinatura do termo rputro dia, o que é contra os princípios (com razão, a 6ª Câmara Civil, a 2 de abril e a 13 de agosto de 1948, 173/742, e 176/652; 1C Câmara Civil, a 14 de setembro de 1948, 177/304, que mandou ouvi-los de novo).

A data sói ser uma só para gmbos os cônjuges (3ª Câmara Civil, 16 de setembro de 1948, 177, 316; 1ª Câmara Civil, 28 de outubro de 1948, 178, 166; sem razão a 2ªCâmara Civil, a 28 de setembro de 1948, 177, 611); porém nada impedia que se fixassem dois prazos (cp. 3ª Câmara

Civil, 20 de abril de 1950, 186, 710). Hoje, a data é uma só e uma só a hora.

Quanto à designação do dia, há de ser depois de se haver completado o prazo mínimo; portanto, se o prazo foi de quinze dias, no décimo sexto dia, não incluído o dia do despacho. Tinha de ser pedida de início, ou após a marcação do prazo, ou após se haver completado o prazo. Se o juiz designou o dia no despacho de fixação do prazo, sem que se houvesse pedido a designação, entendia-se que o fez por ter sido implícito o pedido de designação, e hão de manifestar-se os cônjuges, aceitando a designação ou não a aceitando, pois, aceita, expressamente ou pela ciência sem imediata manifestação de não servir o dia a ambos, ou a um deles, surgia o dever de comparência, só invocável para que não se torne ineficaz a petição inicial com a invocação do texto legal. A designação de outro dia pelo juiz era nula (5ª Cãmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de abril de 1950, *RT* 187/ 800), salvo se houve impedimento ou não-comparência do juiz, ou se vai haver impedimento ou não-comparência desse ou se ocorreu para qualquer dos cônjuges motivo justificado de não-comparência. Se o juiz havia marcado prazo que foi de menos de quinze dias e a ratificação se deu no décimo sexto dia, não havia nulidade; porque decorrera o tempo mínimo de reflexão. Era erro dizer-se como disse a 2ªCâmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a 26 de dezembro de 1952, que era nulo o processo se o prazo de reflexão concedido aos cônjuges foi inferior a quinze dias. Nulo seria o despacho, nessa parte; e nula a ratificação que antes do décimo sexto dia se operou. Se depois ou no décimo sexto dia, satisfeita foi a *ratia l* egís.

A qualquer tempo, ainda que em grau de recurso, as partes podem desistir (Tribunal dê Relação do Rio de Janeiro, 28 de outubro de 1919); mas um só, depois da ratificação, não pode desistir, fora do art. 264 (Direito *de Família,* 2ªed., 1, 377). Se a separação consensual não foi homologada e houve recurso de ambas as partes, ou de uma, podem ambos desistir dos seus recursos, ou o que recorreu desistir, sozinho. Aí não há retratação do pedido, mas desistência do recurso.

A 2ªCâmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de setembro de 1940 *(RT* 128/240), entendeu que a falta de audiência dos cônjuges não acarreta nulidade do processo. Tal afirmação romperia com o princípio da relevância de todas as regras jurídicas de forma e com o principio da relevância das regras sobre audição das

partes. Ora, o art. 1.122 é insofismável:

.ouvirá os cônjuges □**..—.** Trata-se de nulidade não-cominada (art. 244). O que se pode passar é o que se passaria com qualquer outra nulidade dessa natureza (arts. 244-249, 245 e 248), principalmente o que se prevê nos arts. 244, 248 e 250. A mesma Câmara Civil julgara, bem, pronunciado a nulidade, no acórdão de 26 de maio de 1942 *(RT* 137/643), tal como, anteriormente, a lª Câmara Civil, a 10 de março de 1941 *(RT* 130/667).

d

A expressão "ratificar" está, aí (Código de 1973, art. 1.122 §§ 1ª e 20; Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª, 111), em vez de "recomunicar", e não no de "declarar ex *novo".* É integração.

Morto um dos cônjuges, extingue-se a pretensão à separação judicial e, pois. a ação. A 1ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal (9 de julho de 1906, *RT* 1, 368) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (28 de fevereiro de 1919) assim julgaram. Posteriormente, a 4A Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo (23 de julho de 1942, *RF* 92/718) entendeu que a morte, depois de homologada a separação consensual, quando em grau de apelação a ação, não a extingue. Negar-se-ia, assim, o principio de que em causa de separação judicial (ou de divórcio, nos países que o têm, como o Brasil), não cabe sucessão. A solução seria injusta, porque: eliminaria a retratabilídade essencial à ação; estabeleceria coisa julgada formal, sem comunicação da sentença a uma das partes, a que faleceu. As próprias ações de nulidade de casamento são, a *príorí,* sem sucessão: é a lei que abre exceções a isso. Admitir-se que se *constitua* a separação judicial (ou o divórcio), cuja sentença é constitutiva negativa ex *nunc,* quando não há mais casamento, pois um dos cônjuges morreu, seria absurdo. Esse argumento não prevalece quanto às ações de nulidade de casamento, porque essas são de eficácia constitutiva negativa *ex tunc:* no passado *há* casamento, para ser decretada a nulidade, se a lei acha que deve admitir a hereditariedade da ação iniciada. Naturalmente, não se está a cogitar da ação de nulidade de casamento em que houve a chamada substituição processual (Código Civil, arts. 178, § 59, IIII, 2ªparte, 190, 213-216, e 208, parágrafo único, sendo que, ainda nos casos de casamento nulo por infração de regra jurídica de competência, a propositura pelo órgão do Ministério Público é dependente da vida dos cônjuges).

As custas da separação consensual, se ocorre morte, são pagas pelos herdeiros e pelo cônjuge sobrevivente, não por aplicação analógica do art. 26 e §§ 1ª e 2ª, e sim em virtude de principio geral de direito judicial. Nas separações judiciais, pelos herdeiros do autor, ou pelo autor sobrevivente.

As vezes, as leis brasileiras empregam a expressão "ratificação" no sentido de reafirmação ou recomunicação de conhecimento, ou de recomunicação de vontade, em lugar de se aterem ao sentido estrito, técnico, em que se fala de "ratificar" o negócio jurídico nulo.

j.Qual a função da "ratificação" nos pedidos de separações consensuais? A de asseverar que a vontade dos cônjuges de se separarem persistiu. Portanto, não-revogação. A comunicação de vontade inicial era, pois, revogável; e a lei, em vez de se satisfazer com o simples decorrer do prazo, para qde cessasse a revogabilidade, exige a explicitude dessa vontade de não revogar. A relevância da matéria, que é a sociedade conjugal, e a experiência da vida, que aponta a frequência das conciliações entre os separandos, sugeriram que se adotasse o pressuposto da ratificação, que tem aí o conteúdo de afirmação da conservação da vontade antes comunicada.

A lei poderia ter-se satisfeito a) com o prazo para revogar o pedido, ou *b)* com a exceção de conciliação, à semelhança da separação judicial, ou exigir *c)* a *ratificação.* Fez a essa pressuposto necessario.

16. *Autuação e distribuição.* A autuação e a distribuição fazem-se, excepcionalmente, depois de decorrido o prazo e antes do ato judicial da ratificação. Assim temos a inquirição das partes pelo juiz, perfeitamente explicável e de grande alcance, razão por que recusamos valor às críticas à velha regra jurídica do art. 1.122

("ouvirá os cônjuges sobre os motivos da separação judicial"), e tal inquirição era separadamente; depois, a fixação do dia e hora para a ratificação; a ratificação, que é comunicação de vontade e declaração, ao mesmo tempo *(aliter,* na separação judicial, onde não há declaração de vontade, salvo acidental), e faz-se por termo nos autos; ouve-se o árgão do Ministério Público; sobem os autos, conclusos, ao juiz. Se a data do art. 1.122, §

1ª, foi além de trinta dias, a nulidade é não-cominada (art. 244; antes, no Código de 1939, art. 273; cp. *Q*

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de abril de 1945, *RF* 102/491).

Tivemos de entrar em referências ao passado e ao presente, porque o texto de 1939 levou a controvérsias e até acórdão que foi, *de lege lata,* errado e hoje estaria certo. Não se pode negar que foi de boa orientação o Código de 1973, com o art. 1.122, § 1ª, 2ªparte. Há o prazo mínimo de quinze dias, que hoje é para o juiz,

e também o máximo de trinta dias, que também é para ele, em cujo intervalo há de ser fixados por ele o dia e a hora para que os cônjuges se manifestem. Não há outra interpretação possível para o art. 1.122, § 2ª, 2ªparte, mas isso não afasta que se invoque o art. 183 e o § 1ª, em que se ressalva a parte provar que não realizou o ato

"por justa causa **.** O juiz, acolhendo a alegação, tem de marcar outro dia e hora (art. 183, § 2ª). A solução do art. 1.122, § 2ª, evitou outras discordâncias: o juiz marca o dia e a hora, e o intervalo, que é para a fixação da data, faz a reflexão pelos cônjuges ser, pelo menos, de quinze dias.

17.

Função do Ministério *Público.* O órgão do Ministério Público é fiscal, não parte (2ªCâmara Cível da d

Corte de Apelação do Distrito Federal, 22 de abril de 1919). A falta importa em nulidade, mas são aplicáveis os arts. 243, 245 e 248 (também o art. 113, § 21.

Na separação consensual, por extensão (Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª) no divórcio consensual, o art. 1.122, § 1ª, exige a audiência do órgão do Ministério Público. Entendeu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul (22 de julho de 1943, *J* 23/463), que não intervém o órgão do Ministério Público se litigiosa a separação judicial. A interpretação do Código de Processo Civil, aí, tem de ser a fortiori. Se se exige na ação de separação consensual, com mais forte razão na separação judicial.

18.

Desistência. A desistência antes da ratificação, em que resulta a retratação, tem o efeito de, sendo feita pelos dois, excluir qualquer

traço do processo, de que nenhuma anotação fica no cartório; feita por um só, vale o processado, que fica arquivado, juntam do-se-lhe a própria retratação. Só as partes podem requerer certidões ou cópias dessas peças. Quanto às custas, no caso de algum dos cônjuges não comparecer, regem-se pelo art.

26.

19.

Separação e divórcio litigiosos e conversão. No processo de separação judicial ou de divór~4o litigioso (não importa até que ponto já se chegara, mesmo em via de recurso), podem os cônjuges requerer que se converta em ação de separação. ou de divórcio, consensual a ação de separação, ou de divórcio, judicial. O

requerimento tem de conter a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha, o acordo relativo à guarda dos filhos menores, o valor da contribuição para criar a educas os filhos e a pensão alimentícia do marido à mulher, se essa não possuir bens suficientes para se manter (art. 1.121, 1,11,111 e IV). além de observar o que a Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª, 1, 11, IIII e IV, estatui acerca do pedido de divórcio consensual. Se não acordarem quanto à partilha dos bens, depois da homologação se procederá à partilha (art. 1.121, parágrafo único), ainda em se tratando de divórcio consensual.

20.

Convicção do *juiz.* Para que o juiz defira o requerimento de conversão da separação judicial em separação consensual, ou em divórcio consensual do divórcio litigioso, é preciso que esteja convicto de que o requerem livremente e sem hesitações. Tem de ser ouvido o Ministério Público, no prazo de cinco dias (art.

1.122, § 12, 1ª parte).

§ 838. Ação e processo da separação e do divórcio litigiosos

1.

Base do pedido. A ação dos cônjuges que pretendem separar-se judicialmente só se pode fundar nas causas dos arts. 42 e 59, §§ 1ª e 22, da Lei nº 6.515, de 27 de dezembro de 1977. De ordinário, compete a um dos cônjuges; tratando-se de separação consensual, a pretensão e o pedido tocam a ambos. Se litigiosa a separação judicial, dispõem o art. 5ª, *pn,* § 12 e § 2ª, da Lei nº 6.515 que somente incumbe a um dos cônjuges, a exemplo do que se passa com a pretensão a divórcio (art. 24, parágrafo único 1ª parte), acrescentando o § 1ª

do art. 3ª da Lei nº 6.515: "O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges. e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão." Idêntica regra jurídica contém a Lei nº

6.515, art. 24, parágrafo único, 2ªparte, acerca da dedutibilidade do pedido de divórcio por curador, ascendente ou irmão do cônjuge incapaz. Essa incapacidade dá ao curador a legitimação at iva para a propositura da ação de separação judicial e, bem assim, de divórcio, diversamente do que se passava quanto ao pedido de desquite sob o Código Civil, pois que era limitativo o art. 316, parágrafo único: uma vez proposta, poderia continuá-la, pois a incapacidade só sobreviera.

O

Supremo Tribunal Federal, a 4 de agosto de 1930, no Conflito de Jurisdição nº 867, decidiu que, tendo um dos cônjuges proposto ação de separação judicial, não poderia o outro propor outra ação de separação judicial, porque: a) ao réu caberia recorrer (ementa do acórdão); *b)* o réu, se reputasse incompetente o juízo da ação proposta, deveria usar da exceção de incompetência. Posta de parte a divergência entre a ementa e o texto do acórdão, o Supremo Tribunal Federal parecia assentar o dever de reconvir.

Ora, a reconvenção é *facultativa.* Na ação proposta pelo réu, o que o autor da primeira tinha de fazer era, antes de discutir o mérito, alegar litispendência, excepcionar o juízo etc. A ementa estava errada. Também não seria de admitir-se que ao réu, reputando incompetente o juízo da ação, estivesse vedado propor a sua. A corte federal não soube, na espécie, jogar com os princípios de direito processual.

d

2.

Cônjuge incapaz. Sob o direito anterior, se o cônjuge incapaz não mais tivesse ascendentes ou irmãos, não se lhe podia promover a separação judicial. Se, em vez de autor, fosse réu o incapaz, ~o curador representá-lo-ia, ou a representação caberia aos ascendentes ou aos irmãos? O Código Civil não resolveu a questão, diversamente da Lei nº 6.515, art. 39, § 1ª. Claro que só eles podiam oferecer reconvenção. Primeiro, havemos de convir em que era aberrante que um reconviesse e outro defendesse; segundo, em que, existindo ascendente ou irmão, defendesse quem reconvir não pudesse, — isto é, quem não podia atacar o outro, em matéria que, por sua natureza, era uma luta na prova de culpa. A defesa cabia aos ascendentes og aos irmaos.

3.

Imprescritibilidade da ação de separação *judicial.* A ação de separação judicial é imprescritível; mas extingue-se pela morte de qualquer dos cônjuges, ainda que já tenha sido proposta por um deles (Tribuna! de Justiça de São Paulo, 2lde março de 1922, *RT* 42/42), ou pelo representante de que trata o art. 39, § 1ª, *in une,* da Lei nº 6.515, ou ainda mesmo se já proferida a sentença de mérito, se ainda há recurso.

A reconciliação dos cônjuges, depois do pedido de separação judicial, ainda que já deferida e executada a separação de corpos, ou quando essa se deu como preliminar para a propositura da ação de separação judicial (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 27 de dezembro de 1910, RD 20/602), impede o prosseguimento judicial. *Idem,* se já proferida sentença. Após a coisa julgada, aplica-se o art. 46 da Lei nº

6.515. (Não se confunda a reconciliação, que é bilateral, com a retratação, que é unilateral.) **4.**

Exigência do rito ordinário. Quanto ao processo, é regra da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a ação de separação judicial se fará pelo procedimento comum ordinário (art. 34, pr, *in Jin e),* a exemplo da ação de divórcio litigioso fundado em separação de fato por mais de dois anos consecutivos (art. 40, § 39); *aliter,* a ação de divórcio fundada no art. 25 da Lei nº 6.515, que tem o rito especial

previsto nos arts. 35-37. A lei processual é que diz o que se há de entender como rito ordinário; os art. 34 e 40 não contêm determinação de forma, e sim escolha do que for ordinário.

Tendo-se proposto ação de separação judicial, decidiu o Supremo Tribunal Federal (4 de agosto de 1930) que (sendo um dos competentes o juízo perante quem se intentou) não pode o outro cônjuge propor, noutro juízo, outra ação; o que lhe é dado é reconvir. Se, porém, o cônjuge réu entende que o juízo da primeira ação é incompetente, deve excepcionar, e propor, a seu risco, no juízo que reputa competente, a ação que pretende seja examinada. Segundo o Código de Processo Civil, art. 100, 1, competente é o foro da residência da mulher.

A Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, estabeleceu a fase preliminar de conciliação e acordo nas causas de desquite judicial. Disse o art. 1ª: "Nas causas de desquite litigioso e de alimentos, inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada, promoverá todos os meios para que as partes se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação." No art. 2ª: "Para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os litigantes, separada ou conjuntamente, e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias." No art. 3ª: "Obtida a reconciliação, o juiz, em despacho, fará constar o fato da inicial, que devolverá ao autor, com todos os documentos e trasJados, se houver, e mandará cancelar a distribuição. Antes da devolução, o réu poderá pedir, para seu documento, as certidões

que quiser." Como pode fracassar reconciliação, previu o art. 4ª: "Se não conseguir a reconciliação dos cônjuges, nos casos de desquite litigioso, em se tratando de casamento realizado há mais de dois anos, o juiz promoverá a solução do litígio por meio de desquite amigável, que, se for aceito, será processado na forma da legislação em vigor." No art. 5ª: "Conseguida a transação entre as partes, o juiz mandará autuar a petição inicial e documentos, e determinará que seja o acordo reduzido a termo, por elas assinado, ou, a seu rogo, se não souberem ler ou não puderem escrever, a fim de ser por ele homologado, após ouvir o Ministério Público." E no art. 6ª: "Verificada a impossibilidade de solução amigável, inclusive pela falta de comparecimento de qualquer dos litigantes, o juiz despachará a petição, mandará lavrar termos do ocorrido e determinará a citação do réu para se defender no processo, que seguirá o curso estabelecido na lei." Sob o regime da Lei

nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, mantido o procedimento comum ordinário para a ação de divórcio litigioso, essa fase preliminar de reconciliação ou conciliação está prevista no art. 32 Diz seu § 2ª: “O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se 4econciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-se em sua presença, se assim considerar d

necessário.” E seu § 3ª: “Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.” 5. Separação de corpos. “Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, ou a de desquite, requererá o autor, com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade”, estatui o Código Civil, de 1916, no art. 223, cuja regra jurídica, que se reflete no processo, nos diz muito: primeiro, põe claro que existe “ação de nulidade de casamento” e “ação de anulação de casamento“, bem como “ação de separação judicial”, razão mais que suficiente para não se admitir qualquer decretação de nulidade sem a propositura de processo com rito ordinário, no qual se peça a providência do Código Civil, art. 223, exerça a mulher o cônjuge o direito aos alimentos provisionais (Código Civil, art. 224; Código de Processo Civil, arts. 852-854) e se nomeie curador que defenda o matrimônio (Código Civil, art. 222). Tudo isso está na lei, e só defeituoso estudo, sobre superficial, dos textos legais, levou a que se invocasse o art. 146, parágrafo único, do Código Civil, totalmente inaplicável em direito matrimonial, no tocante ao casamento.

Na pendência da lide, ou como medida urgente, justificadamente, se vai ser proposta ação de separação judicial ou de decretação de nulidade ou de anulação de casamento, pode o cônjuge impetrar a medida cautelar. Mas, para ligação á ação futura, épreciso que possa o outro propor a ação de acordo com as regras jurídicas de competência.

Enquanto não se anula o casamento, ou se lhe não decreta a nulidade, casamento existe, sociedade conjugal foi estabelecida, e não é possível pensar-se num direito ao afastamento temporário, à separação de corpos, sem que a lei o diga. Se o art. 223 do Código Civil, ou, na falta dele, outra regra de lei escrita ou de direito não -

escrito, não contivesse a regra jurídica da separação de cornos, ficaria sem provimento a situação criada pela propositura das ações de

nulidade ou de anulação do casamento, ou da separação judicial, ou entregue ao juiz, em seu arbítrio, a solução. O art. 223 do Código Civil estabelece, não a pretensão, entenda-se, de pedir ao cônjuge a separação de corpos, mas a pretensão e a regra jurídica cogente objetiva. Donde poder o juiz ordenar a separação (cp. Código de 1973, art. 888, *pr., 1ª* parte, VI). Muitas vezes o interesse público o exige, inclusive quando se trata da união estável heterossexual que a Constituição de 1988, art. 226, § 39, concebe como entidade familiar.

Claro que o decreto judicial não obriga à separação de corpos, materialmente, e sim, apenas juridicamente.

Por isso mesmo, não é de aceitar-se a jurisprudência que considerava desnecessária a decretação quando os cônjuges já estão de fato separados (Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, 19 de abril de 1921). Ésem base dizer-se que, se os cônjuges já se acham separados de fato, é escusado o alvará de separação de corpos (e.g., 8ª

Cãmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2 de outubro de 1950, *Di,* de 17 de março de 1952).

Nem cabe discutir-se a culpa dos cônjuges (certa a 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17

de novembro de 1949, *RF* 133/458; 5ª Câmara Civil, 17 de fevereiro de 1950: “Devendo iniciar-se litígio, surge causa que torna justa a separação, até então irregular. Não há motivos para que persista a danosa situação de fato quando ela pode ser transformada em situação perfeitamente disciplinada.). A *separação* de *fato* não é suficiente para os efeitos que interessam ao Estado, na regulação do casamento civil e das situações estabelecidas *inciden ter.* Também sem razão a 2ªCâmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul (16 de junho de 1943, *RF* 96/679) e a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro (5 de março de 1942, *Ai* 62/166).

Nem, sequer, o consentimento mútuo basta à separação *ju* rídica de corpos; à de fato, sim. Nem o juiz deve considerar bastante a vontade dos cônjuges para que, proposta a ação de nulidade do casamento, ou a de sua anulação, ou a de separação judicial, se decrete a separação de corpos, pois que se trata de efeito de propositura com aparência razoável.

A jurisprudência tem firmado que a expedição do alvará de separação, ou a simples decisão judicial a respeito, não é *essencial* ao processo de qualquer das ações a que se refere o art. 223 do Código Civil; quer dizer: a sua falta não produz nulidade. Nada tem isso com o dever do juiz de decretar a separação, confusão em que tem incidido, por vezes, a doutrina.

O art. 223 do Código Civil só alude ao autor. Certo, também o réu pode pedir a separação; nem se compreenderia que, proposta a ação de nulidade, ou a de anulação do casamento, ou a de separação judicial, ficasse o réu sujeito à convivência conjugal e às conseqüências de não estar juridicamente separado. Entenda-se o mesmo quanto às ações declarativas (positivas ou negativas).

d

Também não é verdade que não possa o juiz denegar a separação. Desde que a lei fala em documentos, que a autorizem, tem o juiz a apreciação desses documentos. Não raro, terá o autor, ou quem requereu o alvará de separação de corpos, de requerer as justificações (Código de 1973. art. 804, 2ªparte), que se farão, se preciso for, em segredo de justiça (Código de Processo Civil, art. 155, III).

A inclusão da separação de corpos como providência cautelar (medida preventiva) é acorde com os princípios.

Se, durante ela, na ação de separação judicial, passa em julgado a sentença que decreta a nulidade ou a anulação de casamento, ou lhe declara a inexistência, perde a razão de ser. O mesmo ocorre, na ação de nulidade, ao transitar em julgado a sentença declaratória de inexistência do casamento. Trata-se de medida de jurisdição contenciosa, de natureza não-mandamental, mas constitutiva.

A separação de corpos, que se decreta, como preliminar ou durante o processo da separação judicial, obedece aos mesmos princípios apontados a respeito das ações de nulidade e de anulação do casamento. E provisória e apenas *quoad thorum;* talvez, e.g., se os cônjuges o quiserem, não quoad *habitationem;* de modo nenhum é *quoad* bona (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 18 de abril de 1921; Câmaras Reunidas, 15

de janeiro de 1923, *RSTF* 52/471 s.). A separação de corpos que se deseje decretada pode ser pedida por procurador (1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 14 de abril de 1922; **5ª** Câmara, 14 de julho de 1931, *RD* 65/170; 103/474 s.). Se, pedida cautelarmente, não for proposta a ação de separação judicial, fica sem efeito o alvará concedido (2ªCâmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 3 de novembro de 1915, *RD* 40/372). O art. 806 do Código de Processo Civil é invocável:

"Cabe á parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório." Se for julgada improcedente a ação proposta, a *fortiori* (sem razão a 2ªCâmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 22 de setembro de 1922, *RSTF* 49/251-251), perde a eficácia (Código de 1973, art. 808, 1).

A separação de corpos *jurídica* (bem assim a de fato) não éessencial. Está certa a jurisprudência (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 19 de janeiro de 1924, *RF* 42/369). Isso não quer dizer que se deva dispensar (sem razão, Tribunal da Relação de Minas Gerais, 17 de fevereiro de 1923; Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1931; Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de outubro de 1926, *RT* 60/130), quando os cônjuges já estejam de fato separados. Não é nulo o processo por se não ter decretado a separação provisória (Tribunal da Relação de Minas Gerais 1ª de julho de 1908, *SRI* 18/141; contra, Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de outubro de 1926, *RT* 60/130). Porém isso não significa que seja facultativa: o juiz deve providenciar para que se estabeleça, juridicamente, a separação de corpos.

6. Efeitos da *separação* de *corpos.* A separação de corpos tem efeitos limitados, além daqueles que se ligam ao afastamento temporário do *debitum coniugale.* Seria erro pretender-se que, decretada, pudesse a mulher estar em juízo, em geral, sem necessidade de qualquer autorização marital, ou que o marido prescindisse, desde esse momento, da outorga uxória. A 1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 12 de julho de 1917 *(RD* 47/ 153), decidiu que, decretada a simples separação, a mulher casada readquire a faculdade de litigar em juízo cível ou comercial, independentemente de assentimento marital; mas isso aberra, evidentemente, dos princípios.

O

Código de Processo Civil de 1939, falando de “casos de desquite, nulidade e anulação de casamento” (art. 676, X), somente cogitara do *quod plerun que accidit.* Havia, ainda, a ação declaratória do art. 49 (antes, Código de 1939, art. 2ª, parágrafo único), negativa, para a qual, ou pendente a qual, também se decreta a separação de corpos. Quanto à ação declaratória positiva, o que é possivel é pedir a mulher o seu chamado depósito *ad instar* do art. 888, V, se houver risco na convivência.

O

processo de separação de corpos é dos arts. 801-803 do Código de 1973, devendo observar-se, se requerida pendente a lide declaratória negativa ou positiva, ou a lide constitutiva negativa, o art. 809. Os arts.

804, 807 e 811 são aplicáveis. As ações de nulidade ou de anulação de casamento, a de separação judicial e, bem assim, as irradiadas da união livre concebida como entidade familiar têm de ser propostas no prazo de trinta dias (art. 806). Idem, as de declaração de existência ou não-existência do casamento, ou da união estável.

O recurso é o de apelação.

7.

Reconvenção. Diversamente do que se passa na ação de divórcio litigioso com fundamento na Lei nº

d

6.515, art. 25, em que se pré-exclui resposta por meio de reconvenção (art. 36, *pr),* na ação de separação judicial, pode ser admitida, como reconvenção, ou questão prévia, a alegação de inexistência do casamento, ou, como reconvenção, a de nulidade ou a de anulabilidade do casamento. pois que o rito é o mesmo, e, como reconvenção ou exceção, qualquer das alegações de inexistência, de nulidade ou de anulação, se já há coisa julgada, com as respectivas formalidades registrárias. Julgada a reconvenção, ou a exceção, excluída está a possibilidade da separação judicial. Conforme vimos anteriormente, a propositura de ação de separação judicial, ou a

existência de sentença passada em julgado, com as formalidades registrárias, não constitui matéria que obste, por qualquer modo, à alegação de inexistência do casamento, ou da nulidade, ou da anulabilidade dele. Pode ser decretada a inexistência, ou a nulidade, ou anulado o casamento de pessoas que já estão separadas judicialmente.

8.

Cumulação alternativa de pedido de separação *judicial e* de *nulidade ou de anulação* do *casamento.* E

possível, se a lei processual não no veda, a cumulação alternativa dos pedidos de separação judicial e de nulidade ou de anulação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de maio de 1929), devendo esse pedido ser julgado em primeiro lugar. Se os cônjuges pediram separação consensual, e se um deles, ou ambos pediram anulação, ou decretação de nulidade do casamento (o que necessariamente se deu noutro processo, devido à desigualdade de rito processual), nada impede que se homologue, desde logo, a separação consensual. Ainda litigiosa a separação judicial, o juiz pode afastar-se da regra de julgar primeiro a decretação de nulidade, ou a anulação de casamento, se alternativos os pedidos, quando as circunstâncias do caso excepcionalmente aconselham esse procedimento.

9. *Defesa* não é *pedido.* Se o réu na ação de separação judicial, defendendo-se, alegou que o outro cônjuge é que é adúltero, ou que também o é, ou que incorreu em alguma causa de separação judicial referida na Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 59, §§ 1ª e 2ª, aos juizes não é dado deferir-lhe a separação judicial, condenando o autor ou também o autor, porque pedido não houve (Corte de Apelação do Paraná, 18 de setembro de 1936). Só há pedido do réu, se apresentou reconvenção; se reconvenção não se intentou, condenação do autor não pode haver.

10.

Prova do *adultério.* Na ação de separação judicial por violação ao

dever conjugal de fidelidade recíproca por meio de adultério **(Lei nº** 6.515, art. 59, *pr.,* 2ªparte), pode esse ser provado ainda por meios excepcionais, como a exibição de cartas confidenciais do cônjuge adúltero ou do cúmplice, ou de intermediários, quando possam esclarecer os fatos, e o~depoimento de criados do casal (João Monteiro, *Direito das* Ações, 105). *Domestica dornesticis probantur.* As melhores provas, porém, são o flagrante delito, in *ipsa turpitudine,* as manchas de esperma, o próprio esperma ou liquido genital depositado na vagina (intra *vas),* em vias não-naturais *(venus nefanda)* etc.

Não é o auto do flagrante delito, nem sã?o os exames periciais os únicos meios de prova do adultério. A prova pode ser direta e pode ser indireta, tanto mais quanto não se trata de fato que possa ser testemunhado, ou, pelo menos, que o seja, na ordinariedade dos casos. Claro que as testemunhas e os indícios têm de se referir a dados precisos, que componham a figura do adultério, e não a simples estada, a dois, em algum lugar.

Por outro lado, é preciso não se confundam as provas de circunstâncias que reforçam outras provas e a prova mesma do adultério. Os presentes imoderados e sem causa explicável não bastam, só por si, para prova de ser adúltero o cônjuge, se bem que sejam suficientes para alguma acusação de conduta desonrosa (Lei nº 6.515, art. 59, *pr., 1)* parte) por meio de injúria grave ao outro cônjuge. É também contrário aos princípios que a não-coabitação entre os cônjuges, na época da concepção de um filho, basta para provar que houve adultério *(aliter,* a impossibilidade). Outra presunção, que pode estabelecer o adultério, mas precisa ser pesada, é a do nascimento do filho de cor diferente da dos cônjuges. O ocultamento do parto, ou da existência dos filhos, ao marido, quando sem razão de ser, é circunstância de grande monta.

O

flagrante delito é o meio de prova mais eficiente do adultério. Não se excluem os outros meios de direito. Por outro lado, o *nudus cum nuda in* eodem *lecto* é o que mais acontece; não é pressuposto necessário, nem é, a *prio* ri, pressuposto suficiente. Em tempo de calamidade, pode dar-se que se encontrem duas pessoas nuas, no único lugar em que se poderiam esconder ou proteger. Nem se exclui possa existir adultério entre pessoas vestidas, que não se acham deitadas. Não se afasta a prova testemunhal, nem a pericial. Cabem presunções e

indícios (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de novembro de 1952 e 22 de maio de 1953, *RT* 207/215 e 214/239; 2? Cãmara do Tribunal de Justiça do Pará, 29 de julho de 1949, *RE* 130/229; 2? Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 16 de outubro de 1951, *RTCJES* VI/388). Não se pode d

eliminar, *a priori,* a prova pela gravação da conversa telefônica, como fez a 2? Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de abril de 1950 *(RT* 187/ 666), pela fotografia e pela televisão, posto que, na apreciação, se tenha de precaver o juiz contra possíveis tmques. Quanto a testemunhas, disse a 3? Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de março de 1950 *(RT* 186/124): "As testemunhas inquiridas, não tendo embora presenciado conjunção carnal da recorrente com outro homem que não o seu marido, dão conta entretanto das suas intimidades com um estranho, e de que chegou mesmo a passar a viver em sua companhia, em casa adrede alugada. Essa prova é suficiente." o 3" Grupo de Câmaras Civis, a 3 de setembro de 1948 (177/171), argumentou, repetindo o que disse a Câmara, a 12 de março (173/669): "A prova do adultério dificilmente pode ser obtida por meios diretos ou pelo flagrante, porque

os protagonistas, sabendo o extremo perigo que correm, se cercam, geralmente, de rigoroso sigilo, com habilidosa e prévia preparação de simulações e despistamentos. Daí o admitirem a doutrina e a jurisprudência que se recorra a todo o gênero de provas, das quais são importantes os indícios e as presunções, que devem, contudo, ser graves e de uma veemência intensíssima." A 1ª Câmara, a 17 de novembro de 1937 *(RT*

112/689), deu exemplo de presunçáo: "Induz veementemente a existência do adultério, cuja consumação em flagrante raramente se demonstra, o ser a mulher vista em casa suspeita e freqúentar *dancings* noturnos e tabernas de má fama." Um dos meios de prova é a investigação dos grupos de sangue; e.g., se o marido e a mulher têm o grupo de sangue A e o filho o grupo de sangue E, não é filho do marido. Basta a confissão judicial ou extrajudicial da mulher de que é filho de terceiro o filho que nasceu na constância da sociedade conjugal (5? Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27 de abril de 1951, *RF* 137/470); se bem que não prove, só por si, a paternidade do terceiro. Se o declarou sem ser verdade, há injúria grave.

11. Cartas *missivas.* Quanto às cartas missivas do cônjuge ao adultério, ou a outra pessoa, com referência ao adultério, são admissíveis em juízo, ainda sem assentimento do autor delas, ou do destinatário, sendo de notar-se que contra o seu conteúdo, ainda quando se tenham de reputar isentas de qualquer suspeita de falsidade, ou de falsificação, são permitidas as provas de não corresponderem à realidade. A respeito de matéria matrimonial, não cabe a invocação dos princípios que asseguram o segredo da correspondência, quer de ordem penal, quer de ordem civil.

Vedar-se aos tribunais a prova por cartas confidenciais, escritas por um dos cônjuges, seria sobrepor-se ao interesse da família o interesse individual do segredo da correspondência particular. Não cabe distinguir-se se as cartas foram dirigidas ao próprio cúmplice, ou a terceiro. Certamente, as cartas do cúmplice, ainda dirigidas ao cônjuge, e as de terceiros ao cônjuge ou ao cúmplice, ou a outrem, não podem ser exibidas, porquanto não se trata de parte na ação de separação judicial sendo de acrescentar-se que, falso o conteúdo delas, poderiam expor o cônjuge, talvez inocente a todos os riscos de calúnias e de insinuações malévolas. Aí, violados ficariam o interesse individual do segredo da correspondência, o dever de respeito ao outro cônjuge e a honra da família, além de se dar publicidade ao que os autores das cartas ou seus recebedores quiseram ficasse em segredo. Se tais cartas foram publicadas pelos destinantes ou pelos destinatários, não bastam para provar o adultério, pois que não é de afastar-se a hipótese de serem caluniosas, e ao outro cônjuge cabe atitude de defesa, e não de acusação. Para acusar, precisa ele de dados que excluam a presunção de serem caluniosas as afirmações.

12. *Audiência* dos filhos. Na separação judicial dos pais, não podem ser ouvidos os filhos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de fevereiro e 6 de setembro de 1906, *SPJ* IX/65/X/188), posto que sejam de ouvir-se os outros parentes, dando o juiz ao depoimento deles o valor que merecerem, atendidas as circunstâncias. As vezes, porém, por modo tal estão entrelaçados os fatos, que são pressuposto da separação judicial, e a situação dos filhos, tendo-se de apurar com o depoimento deles o que a eles se refira, que se não pode prescindir do que informem, confirmem ou assentem. Aliás, quando o filho, em juízo criminal, pode depor contra ou a favor do pai, ou da mãe, também pode sobre o mesmo fato, ainda que se não haja aberta a disputa criminal, depor na ação de separação judicial.

13. *Obrigações* do marido. Muito se tem discutido sobre a obrigação do marido às vésperas da decretação da separação judicial. Outrossim, quanto às obrigações assumidas pela mulher, em tais circunstâncias. Alguns juizes têm entendido que o cônjuge, pendente a lide, não é responsável pelas dividas contraidas pelo outro, frisando alguns julgados que isso se dá desde o momento em que começa a litispendência (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de junho de 1914, *RT* X/163; desde o trânsito em julgado da sentença, 6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de setembro de 1929, *Ai* 14/59). Outros concebem, a respeito, a possibilidade de ser destituído da administração o marido (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 1922, *RT*

44/448).

d

A lei brasileira não permite a exclusão da administração. As dividas anormalmente contraídas nas vésperas da separação judicial, ainda antes da propositura da ação, levam consigo, desde logo, forte indício de fraude.

Tudo passa, portanto, a ser questão de prova da fraude havida. *(De lege* ferenda, seria útil que pudesse ser decretada alguma medida especial contra as dilapidações; mas o direito da família brasileiro não na possui.

Tudo se resolve segundo o direito comum.)

§ 839. Sentença de separação judicial e de divórcio

1.

Novo status. A sentença de separação judicial estabelece entre os cônjuges nova situação jurídica e cria a cada um novo *status:*

o de cônjuge separado judicialmente, enquanto a sentença de divórcio lhe confere o de divorcianº. Quanto aos filhos, a eficácia de modo nenhum lhes atinge o status: só direitos e deveres dos *cônjuges* podem

ser por ela modificados, e nesse sentido, quando ao divórcio, a Lei nº 6.515, art. 27, estatui que não se modificarão os direitos e deveres dos pais em relação à prole, nem mesmo, acrescenta o parágrafo único, com o novo asamento do pai, ou da mãe, ou de ambos.

Observe-se, contudo, que se trata de direitos e deveres dos cônjuges *entre* si, se bem que em relação aos filhos; e não direitos e deveres dos filhos ou dos pais em relação aos filhos, ou deveres e direitos entre pais e filhos, *abstraindo-se do outro cônjuge.*

2.

Direitos dos pais e direitos dos *filhos.* Vamos aos exemplos, que melhor esclarecem, a) O

reconhecimento do direito do pai a ter consigo o filho ou os filhos, em decisão homologatória de separação consensual, ou proferida em ação de separação litígiosa, ou em ação de divórcio consensual, bem assim litigioso, não exclui a intervenção do juiz com fundamento nos mis. 394 e 395. Dá-se o mesmo quanto à mãe.

b) A mulher pode não querer os alimentos. Isso não prejudica, de modo nenhum, os filhos. Qualquer acordo a respeito dos alimentos aos filhos só tem efeitos *entre* o *marido e* a *mulher.* Se os filhos vierem a necessitar deles, ou de mais do que foi entre os cônjuges acordado, podem ser reclamados em ação própria, com fundamento no art. 379 do Código Civil. Os alimentos são irrenunciáveis pelos alimentandos (art. 404); *a* Jortiori, por terceiros. Assim decidiu, e bem, a Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 4 de agosto de 1927 e a 8 de agosto de 1928, confirmando a sua jurisprudência de 5 de maio de 1926 e a da 1?

Câmara, a 14 de dezembro de 1908. E verdade, porém, que tais decisões não precisaram que a causa é diferente quando os filhos pedem alimentos e quando os pais fazem acordos a respeito. Daí estar errada, além de não corresponder ao julgado, a ementa das duas primeiras decisões. O acordo faz coisa julgada entre os cônjuges; não, porém, no que se não julgou, isto é, entre os pais e filhos.

3.

Necessidade da *auerbação.* Antes de averbada no Registro Civil (Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 29, § 12, *a),* 3ª parte), a sentença de separação judicial não tem eficácia *erga* omnes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de agosto de 1903, 22 de julho de 1905; Conselho Superior da Corte de Apelação do Distrito Federal, 24 de novembro de 1919; 5? Câmara, 17 de abril de 1925; 1? Câmara, 11 de novembro de 1925; 5? Câmara, 16 de junho de 1934; Câmaras Conjuntas, 10 de setembro de 1934, *Ai* 33/388), como não na tem a de divórcio (Lei nº 6.515, art. 32); *alua,* entre os próprios cônjuges, se bem que não possa ser executada antes disso (6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de setembro de 1929, *Ad* 14/59). Passada em julgado a sentença de separação judicial, a sua eficácia é completa. Tal sentença só é suscetível de ser atacada por meio de ação rescisória. Rescindida, a eficácia da decisão rescindente éex *tunc;* quer dizer: não houve a separação judicial.

4. *Coisa julgada.* Para que se peçam pronunciamentos sobre a eficácia da sentença de separação judicial, é preciso que tenha ela passado em julgado: mas tal eficácia não é só a partir do dia em que se deu a coisa julgada, e sim também do dia em que se proferiu a decisão de concessão da separação cautelar, como estatui a Lei nº 6.515, art. 8ª (Sob o direito anterior, essa eficácia não era a partir do dia em que se dava a coisa julgada, e sim, do dia em que se proferia a sentença de desquite litigioso (sem razão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de junho de 1933, e a Corte de Apelação do mesmo Estado, 25 de julho de 1934, *RT* 90/156/94/26), ou a sentença homologatória do desquite consensual, salvo se o acordo marcava a data da entrada do pedido, ou outra entre essa data e a da homologação. Nesses casos, a sentença homologatória tinha eficácia retroativa.

Nos demais, era ex *nunc.* Os efeitos eram ex *nunc;* salvo quanto a terceiros porque, então, eram, como hoje continuam de ser, a partir da averbação.).

d

Durante a pendência da separação judicial, não cabe pedir-se a destituição do marido, que se acha na administração dos bens do casal, salvo nos casos em que, ainda se não houvesse pedido de separação judicial, a destituição seria possível (arts. 308 e 309). Aliás, os poderes de administração do marido persistem ainda depois de proferida e passada em julgado a sentença da separação judicial, até que se dê a partilha, com a entrega efetiva dos bens (Tribunal de

Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 1922, *RT* 44/448). No caso de discordâncias graves, depois de passada em julgado a sentença de separação judicial, é dado a qualquer dos cônjuges pedir a nomeação de administrador. Se o marido está a dilapidar os bens do casal, para prejudicar a mulher, pendente a lide de separação judicial, tem o juiz poderes para, a requerimento dela, ordenar depósitos e seqüestros (5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 19 de dezembro de 1924, *RD* 77/ 341; antes, Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de agosto de 1917, *RT* 23/105). Igual pedido pode ser feito, antes da propositura da ação de separação judicial, como no ato preparatório da ação de separação judicial

§ 840. Eficácia da separação judicial, e do divórcio, quanto aos cônjuges 1.

Alteração nos *deveres, reconciliação.* A separação udicial separa os cônjuges indefinidamente, mas, a qualquer tempo, épossível a reconciliação (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 46). Os três deveres de ambos os cônjuges, que são a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicilio conjugal e a mútua assistência (art. 231, I-IIII), sofrem alteração que qwse os exclui. O segundo desaparece, pois que cônjuges separadcs judicialmente não são obrigados à vida em comum, ficando apenas adstritos, se a distribuição dos filhos o exigir, ao domicík em determinado lugar.

Quanto á assistência, possui a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, regra explícita, que é a do art. 19: “O

cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.” E

complementa-a o art. 21, § 12, com a regra jurídica segundo a qual, “se o cônjuge credor preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor”, o que também se verificará se ficar justificada a possibilidade do não-recebimento regular dessa pensão. Na separação consensual e, bem assim, no divórcio consensual, a assistência pode ser regulada pelos cônjuges (Código de 1973, art. 1.121, IV; Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª III). No divórcio resultante da separação prevista no art. 52, §§ *F* e 22, esse dever de assistência tocará ao cônjuge que teve a iniciativa da separação.

No tocante à fidelidade conjugal, a discussão, em torno do Código Civil, é renhida e de graves consequências práticas. Alguns autores, para os quais a pessoa humana pouco importa, entenderam que a mulher fica adstrita ao dever de fidelidade; não, porém, o homem. Tal solução não é de admitir-se, no direito brasileiro, dada a simetria que o próprio Código Civil e a Constituição de 1988, art. 52, 1, estabeleceram entre os cônjuges. No direito italiano, é certo, o filho nascido durante o tempo da separação reputa-se ter por pai o marido, salvo se esse impugna a paternidade

de (Código Civil italiano, art. 235, 3 e, antes da Lei nº 151, de 19 de maio de 1975, 4). No direito brasileiro, o mesmo não se dá: só se reputam legítimos os filhos que nascem dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por separação judicial, ou anulação (Código Civil brasileiro, art. 338, III).

Temos, pois, que, em face do direito escrito, não cabe falar-se de dever de fidelidade, o que não é incompatível com o principio do vínculo indissolúvel pela separação judicial (pela permanência do dever de fidelidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de agosto de 1917; Supremo Tribunal Federal, 14 de abril de 1933). Esse vínculo é que foi sobrevivência no todo do nosso direito, a contrastar com o resto do sistema jurídico. O que é de lamentar é que a jurisprudência tenha descurado da letra da lei civil, exatamente na questão em que mais se deviam fazer sentir as sugestões de eqúidade: a da não-adulterinidade dos filhos dos separados judicialmente. Teremos ensejo de versar, com amplitude, a questão dessa pecha, no direito brasileiro de agora, isto é, depois do art. 126 da Constituição de 1937. Observe-se, porém, que, ainda antes de 10 de novembro de 1937, já era contra a letra da lei reputar-se adulterino o filho do separado judicialmente.

Examinaremos, também, a Lei nº 883,cde 21 de outubro de 1949, com as modificações operadas pela Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, e pela Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984.

O art. 19 da Lei nº 6.515, a exemplo do que ocorria com o art. 320 do Código Civil, só se refere ao desquite litigioso (22 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de setembro de 1949; 4ª Câmara, 4 de abril de 1949, 180/348). A pensão alimentícia, com fundamento na Lei nº 6.515, art. 19, ou art. 40, § 2ª, d

III, compreende sustento, casa roupa, representação social adequada (62 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de maio de 1953, *RT* 214/166). É devida desde que transita em julgado a sentença de separação judicial, ou de divórcio (= desde que cessam os alimentos provisionais, se os houve); e somente pode ser fixada na sentença da separação judicial, ou do divórcio, ou *em* virtude *dela* (32 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de março de 1943, *RT* 143/212). Nada obsta a que se fixe desde a data da sentença se a mulher não percebia alimentos provisionais (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de novembro de 1949, 184/699). A penalidade de proibição do uso do nome do marido (Lei nº 6.515, art. 17, §

1ª) só se decreta na sentença de separação judicial. Se consensual a separação, tal perda somente pode resultar de cláusula do acordo homologado. Se se trata de sentença de conversão de separação, litigiosa ou consensual, em divórcio, há a mulher que voltar a usar o nome que tinha antes de contrair o matrimônio desfeito, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração acarretar evidente prejuízo para a sua identificação, ou manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou dano grave reconhecido em decisão judicial. Os mesmos princípios hão-se observar na ação de divórcio com fundamento na Lei nº 6.515, art. 40, aplicando-se, mutatis m *utandis,* as regras jurídicas dos arts. **5ª,** pr, §§

V e 22, e 17, § 12.

Certa jurisprudência, antes da aprovação do divórcio a vinculo no Brasil, vinha decidindo que a mulher perdia a pensão alimentícia se passasse a viver com outro homem, ou se tinha algum amante, ou se lhe provavam relações sexuais (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de abril de 1949, *RT* 180/348). Sem razão.

O dever de fidelidade é ligado à sociedade conjugal, que a separação judicial dissolve; e não ao vínculo. Com a separação judicial não mais tem o marido legitimação para investigar a vida da mulher; passa à frente o direito a velar a intimidade, que estudamos no Tomo VI. Os julgados que permitiram esmiuçar-se a vida da mulher separada judicialmente, não-responsável pela separação judicial, não tinham qualquer apoio em lei e ofendiam direito de personalidade. Eram juizes que resolviam questões do século XX, de que procede o Código Civil, que respeitou a igualdade entre os cônjuges, com argumentos aos sistemas jurídicos já superados. A pensão alimentícia cessa se

passa a ser rica (= não pobre), ou se, rescindida a sentença de separação judicial, se julga que fora responsável pela separação judicial, ou que não era pobre; ou com o novo casamento do cônjuge credor divorciado. A mesma solução cabe para se negar a decretação da nulidade da doação feita pelo marido à concubina após a separação judicial (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de agosto de 1945, 163/639: "Sem prova do restabelecimento da sociedade conjugal na forma prevista no art. 323 do Código Civil, não pode a mulher pleitear a nulidade da doação feita pelo marido à concubina após o desquite). Pense-se no art. 240, § 49, do Código Penal, que não reputa adultério as relações sexuais do cônjuge separado judicialmente. Se um dos cônjuges contraiu dívida, simulada ou fraudulen-tamente, cabe a ação respectiva exercida pelo cônjuge, que ai éterceiro (cf. Corte Suprema, 9 de agosto de 1934, *RT* 108/385).

2.

Assentimento *marital* e *assentimento uxório.* Com a separação judicial não mais precisa a mulher do assentimento do marido, nem o marido do assentimento da mulher, para aqueles atos que, na vigência da sociedade conjugal, o exigiam. Quanto ao nome, que, com o casamento, a mulher pode assumir (art. 240, parágrafo único), perde-o, por acordo em separação consensual, ou em virtude do art. 17 da Lei nº 6.515, que diz: "Vencida na ação de separação judicial (art. 59, *captd),* voltará a mulher a usar o nome de solteira.". Ou do art. 17, § lª, que estatui a mesma regra jurídica para as hipóteses em que é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento na Lei nº 6.515, art. 59, §§ 1ª e 2ª. Se o caso é de conversão em divórcio de separação judicial, litigiosa ou consensual, existente há mais de um ano, prazo esse contado da data da sentença que a decretara ou da que concedera a medida cautelar de separação de corpos, a sentença determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de fámília do ex-marido se a alteração acarretar, diz-se no art. 25, parágrafo único, 1 a IIII, evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida ou dano grave reconhecido em decisão judicial.

3.

Comunhão de bens *e partilha.* A sentença de separação judicial produz

a dissolução da comunhão de bens e a conseqüente partilha. É o que se lê no art. 39, pr., da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977: "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade reciproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido." E no art. 79, pr.:"A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens." Os efeitos da sociedade conjugal cessam com o trânsito em julgado da sentença que julgar a separação judicial, posto que a sentença possa ter retroeficácia à data da decisão que tiver concedido essa separação de corpos cautelarmente. Se o regime for o dotal, dá-se a restituição do dote com os frutos devidos. Se for o da separação, cessa para a mulher casada a inaptidão para alienar imóveis, contrair obrigações etc., e, para o homem, de alienar, sem assentimento da mulher, bens imóveis ou direitos reais sobre d

imóveis alheios etc.

São os efeitos do chamado divórcio perpétuo no direito canonico. Acerca de tais efeitos, escreveu Lafaiete Rodrigues Pereira, *(Direitos de Família,* 59): **—...** cessa o poder marital; a mulher readquire a sua capacidade jurídica; os bens se dividem e se par tilham segundo o regime que tiver sido adotado, como se o casamento se dissolvesse por parte de um dos cônjuges" (Cf. Correia Teles, *Digesto português,* 11, 62: "Feita a partilha, cada um dos cônjuges pode administrar, vender, ou empenhar seus bens de raiz como se não fora casado"). No mesmo sentido, Coelho da Rocha *(Instituições* 1, 163), fundado em Diogo Guerreiro e Antônio da Gama:

"Pode cada um alienar os bens ainda os reais sem consentimento do outro." Leia-se assentimento.

Procede-se à partilha e cada um dos cônjuges separados judicialmente fica com a administração dos seus bens, como se casado não fosse. Se a sentença não decidiu sobre a partilha dos bens, ou não na homologou, a que decretar o divórcio disporá sobre ela.

Segundo a Lei nº 6.515, art. 8ª, 1ª parte, a dissolução da sociedade conjugal (e.q., quanto ao regime matrimonial da comunhão de bens) é à data do trânsito em julgado da sentença; portanto quando se nega provimento a recurso à sentença favorável à separação judicial ou se dá provimento para decretar a separação judicial e não mais cabe recurso, — não à data da sentença que decretou, se houve apelação e

dela se conheceu. Assim, a jurisprudência, na esteira do que dissemos desde a 1ª edição do *Direito* de *Família (e.g.,* 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 21 de novembro de 1950, *RT* 190/999); sem razão, o 2ªGrupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de janeiro de 1948 (173/144) e a 3ª

Câmara, a 25 de setembro de 1947 (171/143).

4.

Terceiro. Os terceiros não podem intervir na ação de separação judicial, ou de divórcio; mas, passada em julgado a sentença, ainda que não averbada no Registro Civil, é-lhes possível oporem-se a que a liquidação e a partilha lhes causem dano.

5.

Dívidas. Alguns tribunais afirmam que, decretada a separação judicial, ou pendente a lide, o cônjuge não é responsável pelas dividas contraídas, após a litiscontestação, pelo outro cônjuge. *De lege ferenda,* tal devera ser a solução, mas, em verdade, só a sentença põe termo á comunhão, de modo que só presunção de não serem comuns tais dividas poderia, entre os cônjuges, militar. Em relação aos terceiros, de modo nenhum.

Ainda entre os cônjuges, a não-comunicação, *ipso jure,* não encontra qualquer apoio em lei.

observando o que os cônjuges, na separação consensual, desde logo acordarem, ou, na separação judicial, o que propuser o autor, ou o réu, e o outro cônjuge aceitar, ou o que seria aconselhado, se já estivessem separados judicialmente os cônjuges.

O juiz não é obrigado a respeitar o acordo dos cônjuges sobre a guarda dos filhos. O art. 13 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que se refere a motivos graves para a intervenção do juiz a bem dos filhos tanto nas ações de separação como de divórcio litigiosos, explicitamente a permite para “regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”, de modo que abrange o art. 99, que se refere à separação judicial consensual fundada no art. 49, e aos arts. 10, 11 e 12, que tratam das

separações judiciais fundadas, respectivamente, no *caput,* no § 1ªe no § 2ªdo art. 59, em que pode só um dos cônjuges por ela ser responsável, ou em que ambos os cônjuges responsáveis por ela podem ser, ou em que se alude a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo com impossibilidade de sua reconstituição, ou em que se cogita de grave doença mental, manifestada após o casamento por um dos cônjuges, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável após certa duração.

§ 841. Eficácia da separação judicial e do divórcio quanto aos filhos 1. *Destino* dos *filhos comuns.* A natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso de separação judicial, se põe o problema de se saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Idem, no caso de divórcio litigioso. Enquanto juntos, a lei regula (ou deixa às normas éticas regularem) os direitos, os deveres e os poderes dos cônjuges. Desde a separação de corpos, começa a necessidade de intervir o juiz, adotando soluções provisórias, ou definitivas, no tocante aos filhos. O Código Civil não cogita de regras quanto ao período que vai da separação de corpos ã dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial.

Mas havemos de convir em que o poder judicial deve ordenar o que for mais razoável, com atenção especial d

ao interesse da prole, Durante o processo de invocar-se o art. 10, §§ 1ª e art. 326, §§ 1ª e 2ª, assim a 30 de novembro de 1937 separação litigiosa cabe por analogia e, quando vigente o Código Civil, decidiu o Supremo Tribunal Federal, *(RT* 111/73): "Em caso de desacordo entre desquítandos quanto à posse provisória dos filhos durante o processo de separação de corpos e bens, é de aplicar, por analogia, na falta de texto expresso a respeito, o art. 326, § 1ª, do Código Civil, confiando-se à mãe provadamente honesta e digna a guarda de filha menor do casal. Toda mulher necessita de certos dotes de coração, que só outra mulher e acima de todas a mãe carinhosa, pode incutir; por isso mesmo, a lei sabíamente, em caso de desquite e sendo culpados ambos os cônjuges, confia as meninas à mãe durante toda a menoridade (art. 326, § 1ª, do Código Civil). Por conseguinte, o fato só de ser excelente o novo instituto designado não basta para justificar o afastamento da mãe."

Nada obsta a que o juiz fixe contribuições aos dois pais; e.g., a mãe

guarda os filhos, o pai contribui, ou cada um contribui com a metade da pensão escolar.

2.

Separação e divórcio consensuais. Diz o art. 99 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 49), observar-se-áo que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos." Em toda separação consensual, bem assim em todo divórcio consensual (Lei nº 6.515, art. 40, § 2ª, e Código de 1973, art. 1.121, III), a guarda dos filhos é objeto de acordo entre os cônjuges, ainda que se trate de cláusula pela qual fique investido o juiz homologante de decidir de acordo com certos princípios, ou com inteiro arbítrio. E válida a concordância que deixe a outrem, inclusive o juiz, resolver quanto aos filhos, como seria a concordância direta sobre isso.

Se não foi resolvido quanto aos filhos, tem o juiz de ser provocado pelo acordo dos cônjuges separados consensualmente, que há de ser homologado como adendo. Se não houve o acordo, a ação perante o juiz da sepagação consensual resulta de incidência, por analogia, do art. 10, §§ 1ª e 2ª, da Lei nº 6.515, ou da invocação de seu art. 13 (sob o direito anterior, arts. 326, §§ 1ª e 2ª, e 327; cf. 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de novembro de 1944, *RT* 154/242).

3.

Separação judicial e divórcio. No art. 10, diz a Lei nº 6.515: "Na separação judicial fundada no

"caput" do art. 59, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. A regra é, pois, que, havendo cônjuge com essa responsabilidade pela separação judicial, e, em toda separação judicial, um, pelo menos, a tem, ficam os filhos menores com o cônjuge que a ela não houver dado causa. Ocorre, porém, que nem sempre é de conveniência dos filhos que o cônjuge sem essa responsabilidade pela separação judicial, ou mesmo pelo divórcio, com eles fique, razão por que estatui o art. 13, aplicável a ambas as ações:

"Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais." O que importa é o bem dos filhos, e o juiz, que profere a sentença de separação judicial, ou de

divórcio, estabelece o *modus vivendi* entre os pais e filhos, por força da dissolução da sociedade conjugal, ou do vínculo matrimonial. Para todos os casos que se liguem ao que foi estatuído, ou estatuido e acordado entre os cônjuges, quanto aos filhos, continua com a competência o juiz que decidiu, como juiz da execução, que é. Se ulteriores motivos graves surgirem, que justifiquem diferente distribuição dos filhos, pode ele alterar o estabelecido, se bem que nenhum poder lhe assista para as medidas dos arts. 394 e 395 do Código Civil (alteração, suspensão e perda do pátrio poder, ou da companhia materna).

A *guarda* dos filhos é medida definitiva, e não provisória, como erradamente pretendeu a 2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 4 de julho de 1930 *(JC* 3 de agosto de 1930). O que acontece é que, estabelecido o *modus vivendi* pelo juiz do desquite, nem o pátrio poder, nem o direito a ter consigo o filho (companhia, guarda) são incólumes às medidas dos arts. 394 e 395 do Código Civil, aplicadas pelo juízo competente para essas medidas, em ação e processo próprios.

A contribuição a que se referia o art. 327, parágrafo único, do Código Civil, pode ser de um só dos cônjuges, ou de ambos (49 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de fevereiro de 1941, *RT* 130/668: "O

dever de sustentar a prole cabe tanto ao pai como à mãe. Ainda que a mãe dos menores tenha meios com que prover à criação e educação deles, não se compreende que o apelado, que também os tem, e pelos modos com maior fartura, esteja alforriado do dever natural e legal de contribuir para a manutenção de seus filhos"), e nesse sentido a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 20, estatui: "Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos.

Na sentença de separação judicial, ou de divórcio, nada se pode resolver quanto ao pátrio poder. Só a guarda e d

a contribuição para sustento e educação dos filhos é que pode ser objeto de decisão. Não se podem invocar os arts. 394 ou 395 (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Goiás, 3 de julho de 1941, *RF* 88/ 488); somente é de aludir-se aos arts. 13 e 20 (no regime anterior, art. 327; cp. 2ªCâmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 26 de abril de

1949, *PJ* 50/49). Os motivos não são apenas os desabonadores do comportamento do genitor senão também os que possam ser danosos para o menor, seu desenvolvimento físico, psíquico ou moral (1ª Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de novembro de 1950, *RT* 190/216; 2ªCâmara, 20 de junho de 1950, 188/247). A 4ª Câmara, a 27 de janeiro de 1937 (107/231), decidiu: "A faculdade outorgada ao juiz para regular a guarda dos filhos, em caso de desquite, está subordinada à existência de motivos graves que aconselhem o seu exercício. Não pode, assim, ser usada quando há cônjuge inocente e nada existe em desabono do seu procedimento." Disse a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de fevereiro de 1950 (185/79): "A sentença que em desquite fixa a verba alimentar a favor dos filhos apenas exprime o quantitativo da contribuição, não estabelecendo, porém, nenhum dever, porque este preexiste e persiste. Se o pai, durante a ação, deixasse de fornecer as contribuições, o que poderia prolongar-se por muito tempo, e, depois, ficasse isento de atualizá-las, ficaria, evidentemente, exonerado da obrigação alimentar, pelo menos temporariamente, e isto é inadmissível em face de lei."

No Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, estatuiu o art. 1ª: "No desquite judicial, a guarda‟de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida à pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos." Essa regra jurídica viera a ser implicitamente revogada pela nova redação que a Lei nº

4.121, de 27 de agosto de 1962, conferira ao Código Civil, art. 326, § 2ª, explicitamente revogado pela Lei nº

6.515, art. 54, e em cujo art. 10, § 2ª, se regra: "Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges."

4. Cuidados do juiz. Os filhos podem ficar uns com o pai, outros com a mãe, ou todos com o pai, ou todos com a mãe, ou um só com o pai, ou um só com a mãe, porque o interesse deles é que decide, e não são iguais os interesses dos filhos. Deve ter o juiz o máximo cuidado em pesar as razões que assistem para a colocação deles na casa de um, ou na casa de outro, ou em colégio, ou em casa de parentes, ou de terceiros. Prevendo o encargo que resulta de todos os filhos tocarem a um só dos cônjuges, dispunha o art. 237, parágrafo único, do Código

Civil: “Se todos os filhos couberem a um só cônjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.” E na sistemática da Lei nº 6.515, o art. 20 estatui simetricamente:

“Para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos”, com alterabilidade do *quantum debeatur* a qualquer tempo. Nesse aspecto, a Lei nº 6.515, art. 27, estatui que o divórcio não modificará os deveres dos pais em relação aos filhos, como não implicará restrição a eles o novo casamento do pai, ou o da mãe, ou mesmo o de ambos.

A regra jurídica não se repoda ao art. 400, que, em todo o caso, há de servir de norma aos juizes que tiverem de arbitrar a contribuição para sustento dos filhos. Tem ela caráter suficientemente geral, para ser aplicada na espécie. Hão de ter em atenção as necessidades dos filhos, conforme a sua idade, educação e saúde, bem como os recursos da pessoa obrigada. Se a maioria dos filhos ficou a um só dos cônjuges, cabe a contribuição do outro.

A pensão alimentar aos filhos deve ser paga a partir da data em que o cônjuge não mais concorrer para os alimentos. Por exemplo, desde que abandonou o lar (3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 17

de agosto de 1931). O que também se não pode olvidar é que a contribuição de que se trata é fixada *entre cônjuges,* se bem que em relação aos filhos. Em nada atinge os direitos dos filhos aos alimentos, matéria que pertence a outro capítulo do direito de família, haja ou não casamento, irrenunciável pelos filhos e, por argumento *a fortiori,* pelos pais.

5.

Responsabilidade de ambos os *cônjuqes.* Depois de prever os casos em que, na separação judicial, há cônjuge sem responsabilidade por ela, isto é, há cônjuge que não foi condenado na açao de separação judicial, nem na reconvenção, estatuiu o art. 10, § 1ª: “Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.” Também aqui, havendo motivos graves, cabe ao juiz, a bem dos filhos, regular

por maneira diferente da estabelecida no art. 10, § 1ª, a situação deles com os pais (art. 13), e fixará o juiz a contribuição com que, para sustento deles, hajam de concorrer os cônjuges, na proporção de seus recursos (art. 20).

6. *Filiação.* A separação dos cônjuges por separação judicial tem a conseqüência de afastar a presunção de d

filiação que, sob o Código Civil, art. 337, antes da revogação operada pela Lei n0 8.560, de 29 de dezembro de 1992, era dita "legitima". Assim, separados os cônjuges por separação judicial, só se presumem filhos comuns os nascidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal.

Conquanto não exista entre marido e mulher qualquer parentesco, que se pudesse alegar como base de direito hereditário reciproco, a lei, atendendo à intimidade das suas relações, aos seus afetos e comuns interesses durante a vida, dá ao cônjuge sobrevivo direito sucessório imediato aos dos desdtndentes e ascendentes, na falta dos quais lhe será deferida a sucessão (Código Civil, arts. 1.603, 111, e 1.611). Mas, se, ao tempo da morte do outro, estavam separados judicialmente os cônjuges, não herda o sobrevivo.

O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, no art. 17, com a redação que lhe dera o Decreto-Lei nº 5.187, de 13 de janeiro de 1943, estatuia que à Brasileira, casada com estrangeiro sob regime que excluisse a comunhão universal, caberia, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houvesse filhos, do casal, que fossem brasileiros, ou do marido, e de metade, se os não houvesse. E no art. 18, que os Brasileiros, filhos de casal sob regime que excluisse a comunhão universal, receberiam, em padilha por mode de qualquer dos cônjuges, metade dos bens do cônjuge sobrevivente, adquiridos na constância da sociedade conjugal. Tais regras, de direito substancial, e não de sobredireito, não mais se aplicam: esta veio a ser revogada pela Lei nº 2.514, de 27 de junho de 1955, enquanto aquelas ficaram superadas pelas regras jurídicas do Código Civil, art. 1.611. Esse, no § lt estatui: "O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal e á metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus."* E no § 2ªdiz: "Ao

cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar."

A separação judicial exclui a invocação destas, a que correspondiam as do art. 17; não a regra juridica do art.

18, quanto ao adquirido no tempo pretérito.

§ 842. Reconciliação dos cônjuges separados judicialmente

1. *Efeito da reconciliação.* Uma vez que só possuimos a separação judicial *quoad thorum et habilitationem,* e não *quoad foedus* et *vinculum,* a reconciliação é sempre possível. "Seja qual for a causa da separação judicial", diz a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 46, "e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contando que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação."

ALter, se o que se dera não foi mera extinção da sociedade, mas do vínculo conjugal, a reconciliação nesse *modus* não mais será possível. „Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal", diz a Lei nº 6.515, art. 33, "só poderão fazê-lo mediante novo casamento."

O Código de 1939, art. 288, tinha o defeito de não haver compreendido o princípio do art. 323 do Código Civil, hoje no art. 46 da Lei nº 6.515, que permite, a todo o tempo, o restabelecimento da sociedade conjugal dissolvida pela separação judicial e de pensar que as sentenças de separação judicial não têm a eficácia material de coisa julgada. Interessante é observar-se que os criticos caíam em erros semelhantes: mal viam ou sentiam o engano do legislador (sem saber *por* que era erro), ora o estendiam ao caso das separações judiciais *(e g.,* discussão do Código de Processo Civil de Minas Gerais, em Odilon de Andrade, *Código do Processo Civil,* 1, 93), ora timidamente aventuravam que as sentenças de separação judicial não produzem

coisa julgada

"no que diz respeito ao restabelecimento da sociedade conjugal" (Código de Processo Civil de Pernambuco, art. 172, inciso 4; Clovis Bevilacqua, *Código Civil Comentado,* III, 284; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direito de Família,* 64; pareceres de Alfredo Bernardes e **L. E** 5. Carpenter, *Ai* 19/32; 6ª Câmara Cível da Corte de Apelação do Distrito Federal, 2 de maio de 1931), ora negando a coisa julgada à sentença de qualquer separação judicial (assim, Tito Fulgêncio, Do *Desquite,* 154).

Felizmente, o legislador de 1973 atendeu a rija crítica que fizéramos ao Código de 1939, art. 645, a juristas que incidiam no mesmo erro, e retirou todo o art. 645?

A reconciliação dos cônjuges é circunstância nova, nova declaração constitutiva, que nada tem com a questão d

da coisa julgada material. Se perdi ação de reivindicação, não fico privado de comprar a coisa. O elemento constitutivo é comum a todas as sentenças de separação judicial; o elemento de condenação, só ás da separação judicial. A sentença no separação consensual é constitutiva: opera como operaria o contrato de venda e compra por instrumento público, mais o reforçamento da decisão judicial. A da separação judicial é constitutiva e, em segundo plano, de condenação.

Se foi suspensa a lide quanto a separação judicial, por ter havido acordo dependente de homologação, a retratação ou a falta de homologação permite que qualquer cônjuge requeira a continuação da ação de separação judicial. Qualquer desistência somente produz efeitos após a homologação (Código de 1973, art.

158, parágrafo único). Se, após a ação de separação judicial, *se* fez acordo para a separação consensual, a cessação da instância somente ocorre com a desistência homologada pelo juiz.

2. *Legitima*ção *ativa.* Pode requerer a reconciliação o próprio cônjuge que pediu a separação judicial. O

cônjuge separado, que se reconciliou, pode ainda intentar nova ação de separação judicial. Não podem alegar, todavia, os *fatos* apontados

para a primeira separação judicial, e sim outros, ainda que da mesma natureza, mas posteriormente à reconciliação, ou, se *anteriores,* ignorados, provadamente, pelo autor do novo processo de separação judicial. O ato de reconciliação perante o juiz competente restaura, integralmente, a anterior situação matrimonial, renascendo em cada cônjuge todos os direitos e deveres que a sentença de separação judicial apagara. Se a mulher perdera o direito a usar o nome do marido, readquire-o com a reconciliação. O

código civil falava em restauração "por ato regular". "Ato regular", dizíamos *(Direito de Família,* 2ªedição, 391), "é o que for indicado pela lei processual, pois que se trata de ato perante o juiz, ato que pode revestir-se do caráter de pedido de prestação jurisdicional, ou de simples ato em cadório, no juízo competente. A perfeição depende, em conseqüência disso, da formalidade que exige a regra jurídica processual, a que remete, evidentemente, o art. 323 do Código Civil, não só quando alude à *competência* do juízo, como igualmente quando e exige o ato *regular.* Reconciliação somente há quando satisfeitas as exigências da lei processual.

Fora disso, apenas é reconciliação de fato". Citando o que escrevemos, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 8 de março de 1956.

3. *Processo e sentença.* Padicularidade da reconciliação é a de ser um dos poucos casos de *comunicação de sentimento,* conteúdo de *declaração de vontade.*

O ato de reconciliação, que se faz "mediante requerimento nos autos da ação de separação", perante c juiz competente restaura, integralmente, a anterior situação matrimonial, renascendo em cada cônjuge todos os direitos e deveres que a sentença de separação judicial apagara. Se a mulher perdera o direito a usar o nome do marido, depois da separação judicial, readquire-o com a reconciliação.

A reconciliação tem de ser reduzida a termo, por ambos assinado, seguindo-se-lhe a homologação por sentença. Essa sentença de reconciliação é *constitutiva positiva* (negativa da constitutiva negativa sobre a separação judicial, portanto positiva), o que concerne a formalidades registrárias é efeito mandamental, para eficácia erga *omnes.* Não há eficácia *ex tunc.*

Tal sentença tem força constitutiva integrativa da forma. A averbação no registro civil é necessária para os efeitos erga *omnes;* e, se há imóveis que tenham de volver a ser comuns, ou dotais, é indispensável a averbação no respectivo registro. O regime matrimonial dos bens restabelece-se entre os cônjuges com o trânsito em julgado da sentença e opera erga ornnes com a averbação no registro civil. Não há escolha de novo regime; restabelece-se o anterior.

4.

Efeitos quanto aos bens. Quanto aos bens, a reforma do direito brasileiro, com a incidência do Código Civil e, depois dele, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi radical. Enquanto o Decreto nº 181, art.

89, não admitia que restabelecido fosse o regime, — retomando, aliás, a trilha do velho direito (Trigo de Loureiro, *Instituições,* 1, 124: **—...** cessa entre eles a comunhão. lEla, porém, revive, se algum dia tornarem a unir-se, e a viver na mesma casa como marido e mulher"), o Código Civil anteriormente e, hoje, a Lei nº 6.515

não só permite, como estatui a restauração da sociedade conjugal nos termos em que era constituída, antes da separação judicial. A verdadeira interpretação do art. 46 da Lei ne 6.515 é, podanto, a seguinte: é licito aos cônjugcs separados judicialmente restaurarem a sociedade conjugal, tal como era anteriormente ao desquite.

A restauração com mudança no regime não é *nula;* é ineficaz a cláusula modificativa. A intenção do art. 46 da Lei nº 6.515, ao conceder a reconciliação com o restabelecimento da sociedade conjugal "nos termos em que fora constituida", foi justamente estabelecer a volta ao que era. Eis o que dizia o Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (1902): "O regime dos bens dos cônjuges desquitados que se d

reconciliaram fica restabelecido" *(Trabalhos,* VIIII, 30).

5.

Sucessão. Cessada a separação judicial, isto é, restaurada, juridicamente, a sociedade conjugal, readquire cada cônjuge o direito

de suceder ao outro (Código Civil, art. 1.611). Não basta a reconciliação de fato, nem o pedido de reconciliação, ainda que mandado tomar por termo, pois se exige homologação pelo juiz para que a reconciliação juridicamente se perfaça e, além dela, a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais, para eficácia *erga omnes* (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, § 1ª *, a),* 4ª parte, e 101).

6.

O art. 46, parágrafo único, *da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.* Atendendo às vicissitudes da foduna dos cônjuges separados, antes ou durante a separação *quoad vitae consuetudinem,* bem como às simulações, por interesses inconfessáveis, de sucessivas separações judiciais e reconciliações, a Lei nº 6.515, no art. 46, parágrafo único, disse que "a reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens." Se a separação judicial foi litigiosa ou consensual, é indiferente. Vale a reconciliação, bem como a restauração, porém é ineficaz contra terceiros.

Tem-se, ai, ineficácia relativa (veja Tomo V, § 532).

Capitulo I

Irradiação de Efeitos

Seção 1

Eficácia Pessoal

§ 843. Eficácia jurídica do casamento

1.

Matrimônio, relação juridica. O matrimônio não é só relação jurídica, mas — e antes de tudo —

relação moral. O direito apenas dá normas à expressão exterior do casamento. Dai os seus múltiplos efeitos: uns grafados, por sua impodância, como direitos e deveres decorrentes do ato do matrimônio; outros, de menor alcance, que entram na dedução dos assuntos à medida que se faz o sentir a sua influência, e outros, enfim, de caráter moral, que são corolários imediatos da afeição recíproca. Só o estudo dos primeiros compete à técnica do direito.

2.

Relações sexua is, debitum coniugale. O matrimônio *legaliza* as relações sexuais: estabelece o *debiturn coniugale;* proibe a cópula com outrem; e cria a familia, base da sociedade, com especial proteção do Estado (Constituição de 1988, art. 226, pr). Donde os seus primeiros efeitos sociais: adulterinidade das relações sexuais **Com** terceiros; direitos de ambos os cônjuges, com os deveres correlatos; sob o direito anterior, aludia-se também a"" legitimidade" dos filhos comuns que nasciam no casamento, o que, hoje, édiscrime que não mais cabe no processo sócio-adaptativo juridico (Constituição de 1988, art. 227, § 6ª), e legitimação dos filhos comuns, vivos ou mortos, concebidos ou nascidos antes da celebração. Em seguida. por sua significação social, vem a conseqüência do matrimônio quanto aos bens: o regia e que vigorar começa desde a data da celebração, e é, além disso, irrevogável (art. 230).

§ 844. —Legitimidade‖ e legitmação

1.

A filiação "legítima" e "ilegítima", sob o *direito anterior* Os dois conceitos, quando o primeiro não continha, sob o direito anterior, o segundo, aludiam à atribuição da qualidade de *legítima* à filiação. Era de grande importância teórica e prática saber-se que são conceitos de direito matrimonial, e não de direito d

parental. Assim, o estatuto do casamento (conteúdc e eficácia) é que os dava, e não o estatuto do filho.

"Legítimos" eram os que nasciam tais e os que tais vinham a ser. Em sentido restrito, os que nasciam tais; legitimados, os que depois se tornavam. No direito atual, os filhos têm idênticos direitos, havidos ou não da relação de casamento, ou mesmo por adoção. São pré-excluidas quaisquer qualificações e, bem assim, designações discrirrinatórias, e nesse sentido não há mais distinção conceptual da filiação — sob o prisma do direito — entre filhos legítimos e ilegítimos, tais os adulterinos e incestuosos, entre filhos legítimos e legitimados, entre filhos legitimados e ilegítimos, e, bem assim, entre des e os filhos adotados.

2.

A legitimação por subsequente casanento. Os germes da legitimação por subseqúente matrimônio , no direito romano, de Constantino; e Justiniano caracterizou-a como instituição regular. Exigia-se, porém, para que se desse ~ legitimação: que não houvesse impedimento para o casamento d *a* época da concepção **e** que os pais pudessem celebrar justas núpcias. No direito canônico, só se excluiam da legitimação os sacriegos, os adulterinos e os incestuosos, *nati ex dam nato coitu.* O Código Civil brasileiro admite a legitimação por subseqúente matrmônio dos filhos anteriores, indistintamente. Para justificar a não-legitimação dos filhos havidos em adultério ou em incesto, ent« outros, os canonistas recorriam à ficção de direito, mediante a cual os efeitos do casamento se teriam como *ocorridos* ao tem o do nascimento dos filhos naturais, exigindo-se, portanto, que, à época do nascimento dos filhos, fosse possivel o casamento entre o pai e a mãe. Recebeu-se isso do direito romano. O intuito era o de beneficiar os filhos antes nascidos ou concebidos, mas à ficção, concretizada na máxima *Matrimonium sequens omnia praecedentia purgat et ilIe tanquam legitimus est habendus,* tinha por conseqúência, desfavoravelmente, contra, pois, o seu próprio intuito, a exclusão dos filhos havidos em adultério ou em incesto, além de outros. Ora, se a ficção servia aos filhos e ao casamento mesmo, o que bem se vê dos textos (e.g., o do Panormitano: "Sic propter bonum matrimonIII, quod est favorabile, matrimonium a principio fuisse contractum"), não se compreenderia que passasse a desservir. O formalismo técnico aferrava-se à teoria dos extremos, segundo a qual, tratando-se de ficções, é de mister que nos dois momentos se apreciasse o ato, quer dizer, — no momento em que realmente aconteceu e no momento em que ficticiamente se localizou *(tem pus ad quod, tem pus a quo).* Gonzalez TelIez, era explicito: "Cum haec legitimatio procedat mediante fictione et retroactione ipsius matrimonIII, necessarium et quod detur habilitas extremorum.

3.

Os *canonistas e a fixação da retroatividade; Godofredo e* o *Panormitano,* ~Já os canonístas haviam esbarrado diante da inconseqúência da ficção da retroatividade, sentindo-se obrigados a adaptá-la aos fatos da vida, em vez de os adaptar a ela. Se ocorria o casamento contratado por um dos pais com terceiro, entre o nascimento do filho e o casamento do pai e da mãe, produzia-se a legitimação. É o que está em Godofredo e no Panormitano. Foi essa a razão por que recorreram

à teoria dos extremos, que, ao contrário da ficção da retroatividade, permite o principio *Qportet extrema esse habilia, interregna non nocent.* O Código Civil brasileiro completou a evolução. Não há a retroatividade, ligada àficção, nem o principio dos extremos: há o *efeito legitimante do casamento,* cf. art. 229. que há, hoje, ser lido sob a Constituição de 1988, art. 227, § *6ª:*

„Criando a família legitima. o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts.

352 a 354).‟ Só se exige a validade do casamento, verificada no momento em que se celebra, ou produzida depois. Assim, a legitimação produz-se non *obstante* matrimonio interrnedio, e em relação aos próprios filhos havidos em adultério ou em incesto. A jurisprudência e a doutrina também se manifestaram de acordo com a solução que demos quanto à legitimação por subsequente matrimônio dos filhos havidos em adultério ou em incesto, inclusive se válido putativarnente o casamento. Assim, o Supremo Tribunal Federal, a 23 de outubro de 1920, e o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de dezembro de 1926. Claro que, tratando-se de filhos gerados em relação incestuosa, o casamento legitimante é o putativo, pela permanência dos pressupostos da diúmência. Já o direito canônico permitia que a legitimação por casamento subseqúente aproveitasse aos filhos e mais descendentes dos filhos legitimados. Como no direito brasileiro, não é de mister o consentimento do filho. Todavia, no Código Civil brasileiro, art. 362, para qualquer reconhecimento, é preciso o consentimmto do filho maior, e o menor pode impugnar o reconhecimento sem a limitação temporal dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou ao suplemento de idade, a que o Código Civil, art. 362, se referia, dada a indisponibilidade do *ius* e a imprescritibilidade da pretensão de direito material dele irradiável (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 27). Se, antes do casamento, já foi reconhecido o filho por qualquer das modalidade que a Lei nº 8.560, de 2ªde dezembro de 1992, art. 1ª, 1-1V, prevê, nenhuma dúvida existe quanto á desnecessidade de consentimento seu para o efeito legitimarite. O art. 362 só se refere ao reconhecimentO. Se atida não foi reconhecido, então, para que haja a legitimação, é preciso que se tenha observado o que exige a lei no tocante ao reconhecimento:

vedado pela Lei nº 8.560, art. 30, *pr,* legitimar *e* reconhecer filho na ata do casamento, o só casamento implica a legitimnatio, facultando-se a averbação de eventual alteração do patrimonio materno (Código Civil, art. 240, parágrafo único) no assento de nascimento do filho (Lei nº 8.560, art. 3ª, parágrafo único). Legitimação é atribuição de

legitimidade aos filhos naturais raconhecidos; supõe-se, portanto, o reconhecimento.

d

4. Filhos *a que a* legitimação *aproveita.* A legitimação aproveita aos filhos anteriormente reconhecidos e aos que, anteriormente havidos, foram omitidos (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 22 de maio de 1931) pré-

excluída a compossibilidade de legitimação e reconhecimento na ata do casamento. O reconhecimento de tais filhos pode ser posteriormente feito, quer voluntária, quer compulsoriamente em virtude de sentença judicial.

De qualquer modo, a legitimação se opera de iure.

A legitimação por subsequente casamento beneficia quaisquer filhos do casal, ainda que haja intercorrido outro casamento, ou se os filhos foram considerados adulterinos. Sem razão, portanto, o acórdão da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 15 de agosto de 1944 *(RT* 155/757), se é que acolheu a errada opinião de João Luis Alves, em suas superficiais e muitas vezes absurdas anotações.

§ 845. Regime matrimonial de bens

1. Vigência, *irrevogabilidade.* O Código Civil considerou a regra que marca a vigência do regime de bens e que o faz irrevogável matéria de eficácia jurídica do casamento, e não de regime de bens. Tal qualificação, que à primeira vista parece nao ter impor tância prática, é de grande relevo quando se interpõe alguma questão de direito internacional privado.

A irrevogabilidade do regime não impede contratos sociais entre os cônjuges (20 Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de novembro de 1947, *RT* 193/446). Não ê de admitir-se que, no pacto antenupcial, se estabeleça que o regime seja o da separação mas se transforme em

regime de comunhão, ou noutro, se houver filhos o casal (sem razão, a 20 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de outubro de 1946, RF 124/105; cedo, o voto vencido do Ministro Orosimbo Nonato). Tampouco podem os juizes proceder a retificações do registro que foi adotado (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de abril de 1941, *RF* 87/412).

2. *Pactos antenupciais.* Os pactos antenupciais podem ser alterados até o momento da celebração do casamento; nenhuma alteração é válida depois da celebração. Se nenhum pacto foi feito, do assento deve constar o regime de bens; se nenhuma alusão existe, o regime de bens é o da comunhão parcial, conforme os princípios que antes expusemos, devendo-se prestar toda a atenção à matéria de direito internacional privado, que é, aí, de extrema delicadeza.

3. Condição *e pactos antenupciais.* Nos pactos antenupciais, não é possível condição que faça depender a *validade* deles de algum fato, positivo ou negativo. Isso não quer dizer que, no pactuarem, não possam os cônjuges prever certos fatos que sejam condições suspensivas ou resolutivas para certos efeitos dos pactos antenupciais, como se, estabelecendo o regime da comunhão, excluem dela a herança de filho que venha a premorrer aos pais, se existirem filhos do casal. O que o Código Civil quis dizer foi que, durante o casamento, nenhuma vontade dos cônjuges pode intervir para mudar o assentado nos pactos antenupciais. Aliás, é de notar-se que a regra do art. 2343 nada tem com o direito intertemporal; é simples regra de direito material.

Assim, lei nova pode, não só fazer alterável o regime de bens, como também admitir a obrigatoriedade de algum regime, ou a cogência de algum princípio, durante o matrimônio.

§ 846. Direitos e deveres de ambos os cônjuges

1.

Direitos e *deveres do art. 231* do Código *Civil.* Os direitos e deveres de ambos os cônjuges derivam da natureza e do fim da sociedade conjugal. São deveres de ambos os cônjuges, que, como quase todos os deveres, implicam direitos (Código Civil, art. 231): “1 - Fidelidade

recíproca. III - Vida em comum, no domicilio conjugal. IIII - Mútua assistência. IV - Sustento, guarda e educação dos filhos.“

2.

Fidelidade. A fidelidade é de ambos e incondicional: o procedimento, o caráter e os costumes de um d

cônjuge não escusam ao outro o adultério. Essa regra sofre, no entanto, duas limitações; o adultério perde a sua impodância como causa bastante para a dissolução da sociedade conjugal (separação judicial), em que pese à revogação do art. 319,1 e III, e, bem assim, parágrafo único do Código Civil (cp., e.g., Código Penal, art. 240, §§ 3ª III, e 40, III):

a)

se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse; *b)* se o cônjuge inocente lho houver perdoado. Se bem que o Código Civil imponha o dever de fidelidade a ambos os cônjuges, o antigo Código Penal não equiparava o adultério da mulher ao do marido. O mesmo ocorria em outros sistemas jurídicos, como o italiano, e assim era, e é, no direito canônico. Os canonistas e os juristas educados no direito eclesiástico consideravam necessidade o exigir-se maior correção à mulher que ao homem, não através de preconceitos, mas por sugestão da função mesma da mulher. A infração por pade da mulher, asseguravam, tem caráter mais grave: primeiro, porque ela, em razão de seu sexo e das idéias recebidas, é obrigada a maior recato e, pois, a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes públicos; segundo, porque a sua infidelidade pode motivar o nascimento de filhos concebidos na relação adulterina e, destarte, introduzir no seio da família elementos de sangue estranho, provocadores de desordem conjugal, complicações de parentesco e incertezas constantes da paternidade (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 62; Trigo de Loureiro, *Instituições,* 1, 108). Assim compreendiam os Romanos. E o próprio Constantino puniu com mode a mulher adúltera.

O

Código Penal, art. 240, apagou a desigualdade de tratamento. As legislações civis modernas são acordes quanto aos deveres recíprocos. Ao dever jurídico de fidelidade corresponde o dever moral de evitar os atos que possam induzir suspeita de violação do dever jurídico; mas a figura do adultério, no direito, limita-se à *capula carnalis.*

3.

Direito e dever de uiverem em comum. Os cônjuges têm o direito e o dever de viverem em comum, conjunta e inseparadamente. A infração voluntária desse dever, não mais com o *plus* do prolongamento necessário por dois anos, constitui causa suficiente para a separação judicial se, importando em grave violação ao dever conjugal previsto no Código Civil, art. 231, III, torna insupodável a vida em comum (Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, *pr,* 2ªpade). Esse dever, contudo, é mais intenso quanto à mulher, pois ao marido compete a fixação ou mudança do domicilio (art. 233, IIII). A lei, com a imposição à mulher de residência do marido; não lhe fez a exigência, porém, do vaguear sem pousada, desarrazoadamente, sem destino e sem teto: *Mulier sequi debet rnaritum nisi vagabundus sit.* Domicílio da pessoa natural é o lugar onde estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 31); e muda-se de domicílio, transferindo-se a residência como intenção manifesta de o mudar (art. 34). A regra do art. 100, 1, do Código de Processo Civil é apenas regra processual de competência judiciária.

A obrigação de alimentar cessa, para o marido, se a mulher abandona, sem justo motivo, o lar e a ele se recusa a voltar. Cessa, diz a lei. Mas cessa o dever ou apenas a obrigação? O que cessa é a obrigação. Se a mulher volta ao lar, a obrigação exsurge. O dever somente cessa se a sociedade conjugal se dissolve (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 25 de julho de 1944, *RT* 157/895, que aliás entrou em apreciações sobre a vida privada da mulher, sem ser em ação de separação judicial, ou penal, o que é contra os princípios: “Dir-se-á que o marido não é obrigado à ignomínia de receber a mulher que, depois de correr o fadário das zabaneiras, pretende voltar à vida larária. E certo, „é certíssimo. Mas esse motivo é poderoso, apenas, para impedir seja vencido o marido em ação de desquite e forçado a conviver com a adúltera. Não écaso, entretanto, para a recusa de alimentos, pois, para tanto, falta o requisito da recusa à volta ao lar conjugal”). Se houve motivo justo, a obrigação não cessa (e.g., em caso de sevícias e injúrias graves, Câmara Civil do Tribunal de Apelação da Bahia, 22 de dezembro de 1943, *RF* 98/140; Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13 de janeiro de 1949, RF 126/485). A 35 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de março de 1952 *(RT* 201/244), decidiu: “A atitude da mulher casada que se entrega à prostituição implica na sua recusa em voltar ao lar conjugal, porque a volta está condicionada pela moral às condições de vida normal, que não pode prescindir daquele dever de fidelidade que o Código Civil

impõe, no n0 1 do art. 231, aos cônjuges, sendo óbvio que o preceito da lei civil não pode ser cumprido sem a devida observância ao da lei moral, não sendo licito exigir do marido que acolha de volta a mulher adúltera. Não poderia, por isso, negar os alimentos; ao marido cumpriria escolher entre propor a ação de separação judicial ou receber a mulher.

4. *Mútua assistência.* A mútua assistência consiste no socorro e amparo, assim nas enfermidades e infortúnios, como em tempos de felicidade e saúde (L. 22, § *7,* D., soluto *matrimonio,* 24, 3: "quid enim tam humanum est, quam ut foduitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri padicipem esse?"; Ordenações Fílipinas, Livro IV, Titulo 88, § 14, Titulo 103, § 1; Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, § 229; Trigo de Loureiro, *Instituições,* 1,

§ 122). Quando o marido abandona o lar, ou, sem no abandonar, não sustenta a família, ou não sustenta a mulher, tem essa o direito de pedir-lhe alimentos, de acordo com os seus haveres e a posição social de ambos d

(Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de março de 1921, *RT* 37/466). Tal ação também cabe quando são insuficientes os meios com que concorre para o lar. Na apreciação de haver cessado, ou não, o dever de alimentar, têm-se em conta para a exclusão do dever: *a)* ter a mulher abandonado o lar, sem motivo justo (ainda que aí se atenda à receptividade subjetiva dela), querendo o marido que volte (assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 18 de março de 1911, *RT* 79/114: "Vê-se, pelo art. 234 do Código Civil, que a isenção que tem o marido de sustentar a mulher que abandonou, sem justo motivo, a habitação conjugal, depende do fato de recusar-se a mulher a voltar para casa. E essa recusa supõe iniciativa do marido para que ela volte. Ora, a prova produzida no correr do processo convence de que o réu não provocou, por qualquer forma, o regresso de sua mulher: não a convidou pessoalmente ou por interposta pessoa a voltar; não manifestou sequer intenção ou boa vontade por esse regresso"); *b)* estando fora do lar conjugal a mulher, recentemente ou de longa data, não haver motivo suficiente para que nele não viva; *c)* ter bens a mulher, que bastem para viver das rendas, e não nos ter o marido, ou fazer-lhe falta o que deles tirar para a mulher. Se nenhuns são os recursos da mulher e poucos os do marido, partem-se entre os dois esses, ainda que com isso se agravem as situações de parcimônia.

5. *Obrigação alimentar.* A obrigação alimentar dos cônjuges (art. 231, IIII) é fundada no casamento, aliás na sociedade conjugal, com a sobrevivência de que cogita o art. 19 da Lei n5 6.515, de 26 de dezembro de 1977 e a suspensão do art. 234 do Código Civil. Enquanto não há sentença, passada em julgado, em ação com o rito imposto pelo art. 222, não cabe qualquer exceção de nulidade ou anulabilidade do casamento. Contratos, a respeito, somente podem consistir em fixação de pormenores, ou modo de execução, excluídas, por nulas, quaisquer convenções sobre juízo *arbitral,* transação etc. (Franz Scheppler, *Die Alirnentationspflicht der Ebegatten,* 3). Impenhoráveis, não-suscetíveis de ser objeto de usufruto, ou outro direito de .çutrem, não entram em concurso, quer se trate do direito mesmo à alimentação, quer do direito a alguma prestação vencida (A. Wieruszowski, *Handbuch der Eherechts,* 1, 1.151). A ação é imprescritivel. A sentença que condena aos meses ou períodos pedidos pode ter execução quanto aos posteriores. É o a que a terminologia alemã chama *wiederkehrender* Anspruch, pretensão re~xsurginte ou renascível.

6.

Sustento, guarda e educação dos filhos. Ainda se incluem nos deveres do marido e da mulher o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Lê-se em Gaio (1, § 55): "ln potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptIIIs procreavimus." No direito romano, porém, os filhos legitimos, *liberi iusti,* que eram os mais amparados, seguiam a situação social do pai, pois a mãe ficava para eles Ioco *sororis.* Cf. L. 196, § 1, D., de *verborum significatione,* 50, 16: "Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur patris familiam sequuntur." Estavam excluidos desse número os nascidos em ocasião de ilicitude do casamento dos pais, *nati ex dam nato coitu.*

Sustentar é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; *guardar* significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; *educar* consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.

7. Nome. Todos os deveres são *jurídicos,* e não só morais. A todos correspondem ações, inclusive as do art.

231. III. O uso do nome do marido é faculdade da mulher (art. 240,

parágrafo único); fora dever, antes da Lei n0 6.515, art. 50, e cabia ao marido ação para que respeitasse tal dever (O. Opet, R. Schmidt, E. Endemann, A.

Wieruszowski etc.; cf. R. Súpfle, *Das Namenrecht nach dem BGB.,* 30). No direito romano, a ação correspondente ao art. 231, li, derivada do casamento com *manus,* era a de relação *real* somente para o marido. No direito canônico, de caráter pessoal, por espoliação. A execução deixou de ser coativa (Georg Gauss, *Die Níage auf Herstellung der ehelichen Lebens,* 8 s.). No direito brasileiro, tem o efeito de fixar o abandono de lar, com força de coisa julgada, contado o abandono da data em que se verificou, segundo a sentença, ou da intimação para o restabelecimento da sociedade conjugal, se foi *assim* concebida a petição.

Enquanto não há sentença passada em julgado, que, em processo de rito ordinário, decrete a nulidade do casamento ou pronuncie a anulação, cabem todas essas ações.

d

§ 847. Patrimônios distintos

1.

Bens particulares, bens comuns. Os bens podem ser padiculares ou comuns. Os particulares podem ser dotais ou não. Não há bens comuns dotais; se bem que se possa pensar em dote com transferência de domínio e dote sem transferência de domínio em metades do mesmo bem.

2.

Conseqüências da existência de patrimônios distintos. São consequências normativas da existência de patrimônios distintos: a) Quando alguma dívida do marido, ou da mulher, que não devia ser paga pelos bens comuns, mas pelos bens particulares deles, e foi por aqueles, a mulher,

ou o marido tem ação para que os bens comuns sejam completados. à) Quando alguma divida comum, que pelos bens comuns se devia pagar, o foi pelos bens particulares do marido, ou pelos da mulher, o marido, ou a mulher, respectiva-mente, tem ação para que se completem os seus bens particulares. E a obrigação de repor ou igualar, que deriva do fato mesmo da *separatio bonorum,* conforme bem o diz. Hellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 236, 240 e 244): "O

patrimônio separado tem, durante a permanência da *separatio bonorum,* tal independência que é de se tratar como pessoa jurídica e precisa ser visto como proclamado com capacidade de direito à parte." Afaste-se, porém, a tal capacidade de direito à parte que é, ai, conceito supérfluo. A comunhão (E. Jacobson, *Die Anspruch der Ehefrau gegen ihren Eheniann,* 48 s.) e os conjuntos dos bens particulares são patrimônios distintos, massas (o que revela a objetividade), se bem que entre eles e os cônjuges existam relações. A reposição éimposta pela linha discretiva ~as massas, e não pela distinção pessoal, se bem que o cônjuge lesado tenha interesse suficiente para a propositura da ação, ainda se comum o bem de que se tirou o valor, ou com que se pagou a divida. Não se pense em ação de ato ilicito (O. Opet, *Das Familienrecht,* 198), salvo excepcionalmente *(e.g.,* se houve crime), nem de doloj nem de garantia. É de caráter *real,* e não *pessoal* (L.

Kuhlenbeck, *Das BOrgerliche Gesetzbuch,* V ed., III, 447), o que, no direito brasileiro, é de grande relevância para a matéria da prescrição. O art. 178, § *9ª,* 1, *a* ("imóveis do casal", expressão a ser estudada) e c ("dote, ou os outros bens"), III e IIII, não é exaustivo, e convém ler-se o que escrevemos no Tomo IV, § 710, 1. Além disso, é de valor prático para efeitos processuais.

Capítulo III

Direitos e Deveres do Marido

§ 848. Noções prévias; direitos e deveres

1. *Posição jurídica do marido.* O marido é o chefe da sociedade conjugal (Código Civil, art. 233).

Diacronicamente, competiu-lhe, assim, como corolários morais de sua situação no seio da família:

- O direito a ser atendido pela mulher, devendo essa, no que fosse justo e honesto, moldar suas ações pela vontade dele. A situação atual da mulher é a de sócia do homem, e não a de escrava, nem a da mulher *loco sororis* do direito romano. A civilização moderna completou a obra do Cristianismo e igualou, em sua situação recíproca, a mulher e o marido. Já nos repugnam os textos das Ordenações Filipinas, Livro V, Titulo 36, § 1, e Titulo 95, § *4,* que davam ao homem o direito de castigar a sua companheira. III - A guarda da honestidade e bons costumes do lar. IIII - A decisão de casos domésticos que se apresentem, como, por exemplo, o assentimento para matrimônio de filhos, em que prevalece, contra a da mulher, a sua vontade (Código Civil, art. 186).

O marido representa a *família;* não a mulher Representação legal da família, diz o art. 233, 2ª alínea, 1. A mulher não éabsolutamente incapaz, que o marido possa representar. Ele administra os bens não representa a mulher A 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de maio de 1940 *(RT* 127/95), lançou argumentos e proposições que se hão de repelir, por sem base: “Em se tratando de processos de apuração e partilha de direitos ou bens havidos por sucessão hereditária, não exige a lei, de modo expresso, a intervenção obrigatória da mulher casada. Consequentemente, o inventário pode ser feito e a partilha realizada com a só intervenção do marido, sem a da mulher, ainda que meeira. Mas, dada a circunstância de estar ela separada de fato,

poderá intervir no processo, e postular em oposição ao marido, alegando concluio dele com os demais interessados, para prejudicáia, de modo a impossibilitar, de futuro, sua participação nos bens hereditários?

Esta, a questão. Ora, desde que a sociedade conjugal continua, de direito, e sendo por lei o marido o d

representante legal da família, juridicamente é inadmissível a divergência ou contradição de vontades dos cônjuges, pois que a vontade da mulher se confunde com a vontade do marido. A mulher fala pela voz do marido ***(?).*** Assim, nada poderia reclamar. Contudo, a realidade das coisas é outra, e o direito não pode desprezar os fatos. A verdade é que os cônjuges estão separados há tempos, cada qual

vivendo por seu lado.

No espólio partilhado, há bens de raiz e alega-se que houvera sonegação de outros. O marido da testemunhante foi aquinhoado tão-só com dinheiro que se declarou estar em poder da viúva inventariante e isso com o propósito de evitar recebesse ele bens imóveis, para cuja alienação teria de intervir sua mulher. Por outro lado, aberta a sucessão, o dominio e a posse da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros. A circunstância de ser herdeiro direto o marido e não a mulher não muda a situação, visto ter sido o casamento sob o regime da comunhão. Aliás, se fora ela a herdeira, o marido deveria intervir necessariamente. A partilha de bens, embora por lei seja simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade, no fundo importa em trocas ou alienações recíprocas, entre os co-herdeiros ou co-proprietários. Nestas condições, não se devia repelir a pretensão da testemunhante no sentido de ser ouvida em suas queixas çu reclamações, dada a circunstância da separação de fato dos cônjuges." A mulher, separada ou não, tem de ser citada ou dar poderes ao marido para representá-la (representação voluntária) no inventário e partilha em que é interessada. Tem de ser citada ou assentir em comparência do marido em juízo, ou em representação dele, se se trata de bens imóveis do marido. Tratando-se de bens comunicados, é ela meeira. Não só assente, consente.

2. *Prerrogativas* domésticas. Além dessas prerrogativas domésticas, cabe ao marido: 1 - A representação legal da família. A mulher, no direito romano, era absolutamente incapaz: se *alieni iuris,* ficava sob o poder do pai, ou do marido; se *swiuris,* sob a tutela perpétua, instituição criada para remediar a infirmeza do seu caráter, *propter sexus injirmitatem,* e suprir a sua inexperiência dos negócios; *et propter forensium rerum ignorantiam.* Não tem mais esse fundamento de inferioridade de sexo o direito exclusivo, que se dá ao marido, de representar, legalmente, a família. A civilização moderna atribui a esse direito valor prático, como resultante de secular divisão do trabalho e dela dependente. Entende-se pelas expressões "representação legal da família" a prática de todos os atos concernentes â promoção e defesa de direitos, bem como, criminalmente, os de queixa, petição etc. III - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido incumbir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial (Código Civil, arts. 178, § 9ª, 1, "6, 274, 289, nº 1, e 311). Na vigência da sociedade conjugal, quando seja dotal o regime, compete ao marido: *a)* administrar os bens dotais; *b)* perceber os seus

frutos; c) usar das ações judiciais que eles motivarem. Quanto aos bens particulares da mulher, pode o marido ser seu procurador. No regime de comunhão parcial, a administração dos bens, como no regime de comunhão universal, pertence ao marido. No regime de separação, os bens de cada cônjuge permanecem sob a administração exclusiva de quem os possua. Prescreve em quatro anos, contados da dissolução da sociedade conjugal, a ação da mulher: 1) para desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, constantes do registro de imóveis como do marido, que os adquiriu, se o marido os gravou, ou alienou, sem outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz; 2) para anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fora dos casos legais; 3) para reaver do marido o dote, ou os outros bens seus, confiados à administração marital; 4) para desobrigar ou reivindicar os bens dotais alienados ou gravados pelo marido (art. 178, § 99, 1, *a), à)* e *c),* e IIII). 111 - O direito de fixar e mudar o domicilio da família, ressalvada a apreciação judicial, a pedido da mulher, na hipótese de deliberação prejudicial. Disso resultaria a obrigação da mulher de acompanhar o marido, se a lei não tivesse dito que a vida em comum no domicilio conjugal é dever recíproco dos cônjuges. Do fato juridico do domicílio do marido, nasce para a mulher situação de dependência e presunção legal necessária: a consorte segue o foro e o domicilio do marido. Essa regra jurídica sofre três exceções: se estão separados judicialmente os cônjuges; ou se compete à mulher a administração dos bens do casal, em caso de interdição, ausência em lugar remoto, ou encarceração do marido por mais de dois anos (arts. 36, parágrafo único, e 251); ou se o domicilio decorre de função ou cargo público, ou de localização compulsória. No art. 100, 1, 1ª parte, do Código de Processo Civil, faz-se da *residência da mulher* pressuposto necessário e suficiente para a competência judicial, nas ações de separação judicial, de divórcio e de invalidade de casamento. IV - Prover à mantença da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277 do Código Civil. Donde se conclui que o marido tem o dever de alimentar, vestir e dar habitação aos filhos e à mulher, trouxesse ela, ou não, bens para a sociedade conjugal (L. 20, § 2, D., *familiae erciscundae,* 10, 2; Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* III, 304). *Uxor non solum de bonis commvnibus, sed de proprIIIs etiam rnariti bonis sustentari decen ter debet.* Salvo se o marido estiver reduzido àpobreza, e a mulher for abastada. Talvez bastasse dizer “alimentar”, pois esse verbo tem, em, direito, sentido técnico: compreende tudo que é necessário à vida, quer em tempos normais (comida, roupa, educação e habitação), quer em épocas anormais (remédios, viagens necessárias etc.).

Nas ações de nulidade, ou de anulação de casamento, nas de divórcio

por conversão de separação judjcial e nas de separação judicial, o foro da mulher é o da sua residência (Código de Processo Civil, art. 100, 1, 1ª

parte).

d

Sob o direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, III, o direito de autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal era também prerrogativa doméstica. A mulher podia ter profissão — médica, juridica, industrial, comercial, ou qualquer que fosse — mas precisava, para exercê-la, da permissão do marido, porque a profissão trazia encargos comuns para os quais era necessário, em principio, autorização marital, a fim de que tivessem valor juridico. A ambos os cônjuges impunha a lei a vida em comum sob o teto conjugal, mas, se havia interesse, em razão de profissão, educação de filhos, ou negócios mesmos do marido, podia esse assentir na residência da mulher fora da residência da família.

Processualmente, contudo, o seu foro e domicílio continuavam a ser os mesmos do marido, salvo se, para as ações de separação judicial ou de nulidade de casamento, havia residência separada, ainda se não autorizada, da mulher. Desde o Estatuto da Mulher Casada apagou-se essa prerrogativa do marido. E, como já ocorria no regime anterior, para os atos concernentes à obtenção de cargo público ou função pública, compromisso, posse e exercício não precisa a mulher de assentimento do marido; nem para o exercício dos direitos, pretensões e ações decorrentes da ocupação ou exercicio de cargo público ou função pública.

3. *Obriga* ção de *sustentar a mulher.* A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona, sem justo motivo, a habitação conjugal e se recusa a voltar. Nesse caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o seqUestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher (Código Civil, art. 234).

A obrigação do sustento, no tocante à família, não a apanha como unidade juridica, e sim como soma, de modo que, excluída uma parcela, ou algumas parcelas, as outras ficam.

Quanto ao dever de manutenção, disse a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1945 *(RT* 157/742): "Ainda que não tenha sido intentada ação de desquite pela mulher, ao marido, como chefe da sociedade conjugal, cumpre mantê-la e sustentá-la (Código Civil, art. 233, nº V). Tal obrigação só cessa, para o marido, nos termos do art. 234 do Código Civil, quando a mulher, sem justo motivo, abandona a habitação conjugal e a esta se recusa a voltar. Quando é o marido quem deserta o lar conjugal, pode a mulher exigir alimentos." Se a mulher está fora do lar, cabe-lhe o ônus de provar que teve justo motivo para isso (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 21 de dezembro de 1948, *Ai* 90/449).

§ 849. Limitação da situação marital

1.

Capacidade e vontade jurídica da mulher; o *que* o *marido, sem* o *assentimento da mulher, não pode praticar (Código Civil, art. 235).* Interessada na conservação dos haveres do casal, não perde a mulher a sua capacidade e vontade juridica. Por isso, a lei exige como requisito essencial, em certos atos de importância real quanto ao patrimônio, a sua intervenção livre, a sua anuência, a sua co-participação nas decisões do marido. Dai resulta que esse não pode, sem o assentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens (Código Civil, art. 235): 1 - Alienar, hipotecar, ou gravar de ônus real os bens imóveis, e os direitos reais, sobre imóveis alheios. (Quanto aos comuns, precisa consentir.) A outorga uxória é necessária para a alienação dos imóveis particulares do marido. O Código Civil seguiu a doutrina, — ai — pois que, mesmo no regime de separação dos bens, só deu aos cônjuges o direito de alienar livremente os bens *móveis* (cf. Cristiano de Rodemburgo, *Tractatus de lure Coniugum,* 78). III - Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos.

IIII - Prestar fiança, ou abonar a solvência de fiadores (art. 1.482). IV - Fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno ?alor, como os bens ou rendimentos comuns. Para as outras, precisaria de consentimento.

2. *Disposição.* A primeira proibição acima compreende todos os atos de gravame e traslativos de domínko, e seus elementos, por exemplo,

dação *in solutum,* compromnºso, transações, divisão, constituição de servidão, doação, usufruto, enfiteuse; e todos os atos que, embora não constituam traslação, importem realmente *ius abu tendi:* demolir destruir, queimar etc. Se o bem é comum, precisaria de consentimento, e não só de assentimento.

3. *Bens imóveis,* A vedação de pleitear acerca de bens imóveis écorolário da proibição de aliená-los ou gravá-

los de ônus real *(Alienatione prohibita, etiam prohibita censetur conjessio eius, qui alienandi Jacultatem non habet.).* Se o marido pretende ser autor, uma vez que a ação verse sobre a propriedade ou posse dos ditos bens, ou direitos reais, sobre imóveis, limitados precisa ele do assentimento da mulher (Código de Processo Civil, art. 10, *pr),* manifestado, ordinariamente, por meio de procuração (Trigo de Loureiro), d

Instituições, 1, 109). Se, em tais causas, é o réu o marido, necessária será a citação da mulher (Ordenações Filipinas, Livro IIII, Título 47, *pr;* Paula Batista, *Teoria e Prática do Processo Civil,* 63; Código de Processo Civil, art. 10, § *1ª,* 1). Se não foi citado, nulo está o processo. Para argUir a nulidade da arrematação de bens de raiz, por não ter sido citada a mulher, não precisa o marido da outorga dela (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família, 66).*

A alienação dos bens da firma comercial de que faz parte o marido é sem outorga da mulher (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 14 de julho de 1950, *RF* 135/437), porque não são dele, mas da firma; e isso se passa a respeito de qualquer sociedade personificada. O levantamento de dinheiro, pertencente à sociedade conjugal, também independe de outorga uxória (2ªCâmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 6 de março de 1950, 134/ 201). Não assim se se trata de dinheiro obtido com a alienação ou em sub-rogação de bens particulares da mulher, administrados ou não pelo marido.

Se o marido quer alienar bem comum, a espécie não é de assentimento, mas de consentimento. Se a mulher o nega, cabe pedir-se o suprimento pelo juiz, — suprimento de consentimento, e não só de assentimento. No art.

251, uma vez que o marido não pode dar o consentimento nem o

assentimento (está em lugar remoto, ou não-sabido; ou em cárcere por mais de dois anos; ou declarando judicialmente interdito), há autorização judicial, e não suprimento, quer se trate de alienação de bens comuns quer de alienação de bens particulares do marido.

Se o marido aliena bem imóvel comum sem consentimento da mulher, aliena sem outorga uxória a metade e sem consentimento da mulher, portanto ineficazmente, a outra metade. Se aliena bem imóvel seu sem assentimento da mulher, aliena com infração da falta de assentimento.

Quanto às ações possessórias tem-se dispensado a outorga uxória, alegando-se que se trata de ações pessoais (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de novembro de 1942, *RT* 142/607; 3ª Câmara do

~Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de maio de 1950, 187/307; keja § 702, 3), mas o erro é evidente, devido à confusão entre ação "real" e direito "real". No Código de Processo Civil, o art. 10, *pr,* exige o assentimento conjugal para a propositura de ação que verse sobre direito real imobiliário. O § *1ª* no nº 1, a citação de ambos os cônjuges demandados em ações dessa natureza. Quanto aos imóveis comuns, tem a mulher a composse, de modo que há de ser citada, ou, se autor é o marido, há de esse exibir a outorga uxória (Código de Processo Civil, art. 10, § 2ª). Quanto aos imóveis do marido, a mulher não tem posse, nem há de ter o marido, que apenas discute posse, de discutir o domínio, mas a citação da mulher, ou a sua outorga, éindispensável, tanto mais quaoto pode o réu opor a exceção do art. 505, 2ªparte, do Código Civil, razão para se pôr em prática, sempre, a exigência da citação inicial, ou da outorga uxória, conforme se trata de marido réu ou de marido autor.

4. *Fiança.* No que concerne à fiança, é peremptória a proibição. Com a outorga da mulher, perfeitamente válida; sem a outorga, nula. A Corte de Apelação de São Paulo (26 de maio de 1937, ***RT*** 111/119-121) achou que a lei pessoal do marido é que rege a necessidade, ou não, do assentimento da mulher à fiança prestada pelo marido, mas não atendeu a que a mulher só se obriga por sua lei pessoal. Valeria a fiança, por4n não a responsabilidade da mulher. A Corte de Apelação de São Paulo errou, pois permitiu que os bens da mulher brasileira fossem executados.

5. Doação. Quanto às doações de móveis, devem-se distinguir: *a)* doação módica ou doação remunerada; *b)* doação gratuita ou imódica. No primeiro caso, pode o marido fazê-la; no segundo, nula será a doação se a fizer o marido sem outorga uxória. A modicidade ou pequeno valor da doação depende de sua proporção com os bens do casal. As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 64, permitiam ao marido fazer sem consentimento da mulher, doações remuneratórias ou a titulo de esmola, mas somente de bens *móveis* (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* 1, 115: **—...** cum id tantum manto permitatur (donare) de mobilibus". O

Código Civil brasileiro não tornou explícito o requisito de serem *móveis* os bens; claro está, porém, que só a esses se refere, pois doar é alienar, e a alienação de *imóveis* já foi proibida, quanto aos próprios bens particulares, no art. 235, 1. Essa proibição, de velhos e fortes fundamentos, seria iludida se concedêssemos ao marido doar imóveis modicamente. Aos poucos destruiria a sua meação, diminuindo o patrimônio da familia, o que na lei se tenta evitar. No nosso direito, as doações de imóveis comuns são ineficazes sem assentimento da mulher; e seria novidade de gravíssimas conseqüências prática diferente, máxime em momento em que, para remediar a mobilidade das fortunas particulares, tão passageiras e incertas, diversos paises (e o Código Civil brasileiro, arts. 70-73, assim estatuiu) põem em prática meios extraordinários, como o bem de família, o *homestead,* o *Hofrecht.*

d

§ 850. Doações aos filhos e dotes nupciais às filhas

1.

Doações previstas pelo Código Civil, art. 236. São válidas, não obstante a falta de assentimento da mulher, as doações do marido aos filhos, por ocasião de casamento, ou de estabelecerem economia separada, e os dotes ou doações nupciais às filhas. Resulta isso de texto explícito do Código Civil, que é o art. 236:

"Valerão, porém, os dotes ou doações nupciais feitas às filhas e as doações feitas aos filhos por ocasião de se casarem, ou estabelecerem

economia separada (art. 313).“ Esse artigo, defeituoso, em forma e fundo, foi introduzido pela Comissão Revisora da Câmara dos Deputados *(Trabalhos,* 1,185). Não é exceção à regra proibitiva anterior de doação gratuita ou imódica, mas exceção às regras de alienação, pois, ao invés de constituir parágrafo, ou alínea sobposta ao período das doações não-remuneratórias ou de grande valor, aparece como regra especial, sem se distinguirem os móveis e os imóveis. Tivemos assim, mais uma inovação, cujos efeitos, felizmente, são coarctados pela limitação geral das doações à parte de que o dotador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (art. 1.176). Tais doações importam adiantamento de legitima (art. 1.171).

2.

Pressupostos necessários de tais doações. Temos, pois, que há três requisitos para que escapem à invalidade a doação aos filhos, por ocasião de casamento, ou de estabelecerem economia separada, ou o dote nupcial às filhas: 1 - Não consistir em todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (art. 1.174). A nulidade é, aí, da doação mesma, pois o art. 1.172 foi além das Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo 70, § 3). III - Não exceder à parte, de que o doador, no momento da liberalidade, poderia disporem testamento (art. 1.176). Nesse caso, nula é apenas a parte inoficiosa. IIII - Consistir em bem particular do cônjuge doador ou dotador.

§ 851. Suprimento da outorga uxória

1.

Se *a mulher recusa o assentimento.* Se a mulher, sem motivo fundado, recusa o assentimento para qualquer das alienações, doações ou fiança, em que sua anuência seja necessária, pode o marido recorrer ao juiz, que, ouvidas as partes, confirma a negação do assentimento, ou o supre, segundt se convencer da inconveniência ou conveniência do auto ou pleito (Çoelho da Rocha, *Instituições,* 1, 158; Ordenações Filipinas, Livro IIII, Titulo 47, § 5). É o que diz o Código Civil, art. 237: “Cabe ao juiz suprir a outorga da mulher, quando esta a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossivel dá-la (arts. 235, 238 e 239).” São exemplos de motivo justo, na espécie do art. 237: estarem de fato

separados os cônjuges e não dar o marido garantia de que a sua metade no bem lhe será prestada (4ª Cãmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23 de março de 1943, RT 159/797); haver grave probabilidade de que o marido gaste o dinheiro (6ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de novembro de 1951, 197/217); se a mulher alega haver simulação de dividas, com razões para se suspeitar disso (6ª Câmara, 23 de junho de 1950, 188/281); se se trata do único bem do casal, necessário à residência da família, podendo-se deixar de alienar (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de outubro de 1945, 163/219); se a alienação é de todos os bens (3ª

Câmara, 6 de dezembro de 1944, 155/156: "Na espécie sob julgamento a recusa da recorrente é mais que razoável, é justissima. O casal encontra-se separado de fato e o recorrido pretende alienar todos os imóveis adquiridos em comunhão. Não é de se apurar neste processo qual a razão da separação do casal, mas salta aos olhos que, convertido em dinheiro o patrimônio do casal, ficará a recorrente privada da sua meação que de direito lhe pertence, qualquer que tenha sido a causa de que decorreu a mesma separação."); serem ruinosos os negócios em que se envolve o marido.

2.

Mulher absolutamente ou relativamente incapaz. Se a mulher é absolutamente incapaz: louca, menor de dezesseis anos, surda-muda, que não possa exprimir a sua vontade, ou ausente registrada como tal por ato de algum juiz (arts. 5ª e 237), cabe igualmente, se convém, o suprimento da outorga uxória. A incapacidade relativa (menor de vinte e um anos etc.) desaparece com o casamento (art. 9ª § 1ª III); não pode mais ser alegada para o efeito do suprimento, salvo interdição por prodigalidade. A lei limita o suprimento ao caso de ser *impossível* a expressão da vontade da mulher, ou a sem-razão para denegar o assentimento. A ação do juiz, na última hipótese, parte do exame da utilidade do ato, transação ou pleito, e na primeira é determinada pela incapacidade natural, isto é, a loucura e demais estados de iguais conseqüências quanto à incapacidade jurídica das pessoas.

d

3.

Assentimento próprio e assentimento suprido. Há, portanto, duas espécies válidas de assentimento da mulher: *a)* o assentimento *próprio. b)* o assentimento *suprido* por sentença do juiz, atenta a sem-razão da mulher, ou a sua incapacidade absoluta, ou por prodigalidade (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 158).

Não se confunda suprimento do assentimento com suprimento do consentimento. Se o bem é comum, o que se supre é o consentimento. Se é particular da mulher e ela não consentiu na alienação, não há suprimento possível; pode haver *autorização judicial* fundada no art. 453, que remete aos arts. 427, VI, e 429, se interdita a mulher. E preciso não se baralharem os atos juridicos, que têm pressupostos e efeitos diferentes.

§ 852. Ações da mulher que se transferem aos herdeiros

1.

Ações que competem à mulher e aos seus herdeiros. Diz o Código Civil, art. 249: "As ações fundadas nos nº III, IIII, IV e VI do artigo antecedente competem à mulher e aos seus herdeiros. Assim, compete, não só á mulher, como aos seus herdeiros: 1 - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz. li - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos nº IIII e IV do art. 236. 111 - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177). IV - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem. Compete somente à mulher: promover a anulação dos atos pelos quais o marido tenha alienado ou gravado de ônus rnºal imóveis particulares, ou alienado direitos reais sobre imóveis de outrem, sem assentimento uxório. Se alienou bens comuns, as ações da mulher são declaratórias de ineficácia e ações de invalidade, quanto à sua parte e à dele, respectivamente.

2. *Prazos de prescrição.* Prescrevem em quatro anos, contados da

dissolução da sociedade conjugal para a mulher, e do falecimento dessa para os herdeiros (art. 178, § 9ª 1, *a, b, c,* e 11), as ações dos incs., 1, III e IV; em dois anos, para a mulher e para os herdeiros necessários, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal, a ação do inc. IIII (art. 178, § 7ª, VI): "A ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.177). Na primitiva redação, dizia o art. 178, § 79, VI: "A ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; contado o prazo da data do desquite, ou da anulação da sociedade conjugal (art. 1.177)." O art. 1.177 já estatuia: "A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (aris. 178, § 7ª, nº VI, e 248, nº IV)." No *Direito de Família, V* edição, criticamos o art. 178, § 7ª VI, tal como se achava, nos termos que se seguem: —"O Projeto manteve, até ir ao Senado Federal, a seguinte redação do atual art. 178, § 7", VI: "... contado o prazo da data da *dissolução* da sociedade conjugal". Emendaram-no, porém, sem intuito claro: "contado o prazo da data do desquite, ou da anulação da sociedade conjugal", excluindo, assim, inadvertidamente talvez, o caso de morte do cônjuge inocente ou do culpado. A interpretarem-se literalmente os arts. 1.177 e 178, § 7ª, ter-se-ia de admitir a prescritibilidade de ação dos herdeiros, falecendo a mulher, apenas no prazo geral da prescrição, o que, embora aberrante, é o que está na lei. Não colhe a hipótese de se ter excluído o direito do herdeiro depois de morta a mulher, ou morto o marido, porque *o* art. 1.177 dá ação **—** depois de *dissolvida* a sociedade conjugal

— aos herdeiros necessários, isto é, àqueles a quem a lei atribuía direito à legitima sem que possa ser elidido por disposição testamentária (art. 1.721). Em suma: o art. 1.177 admite a anulação da doação ao cúmplice de adultério *em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal,* e o art. 178, § 7ª, VI, só marcou a prescrição em caso de desquite ou anulação de casamento. Mas os dizeres do art. 1.177, que fixa o prazo para a anulação, implicitamente marcam a prescrição, e deve, portanto, considerar-se o art. 178, § 79, VI, como omisso, defeituoso, e atender-se ao art. 1.177, de feitura melhor e sem o absurdo daquele." A Lei nº 3.017, de 1ª de janeiro de 1916, que editou o Código Civil, foi emendada, no sentido dos nossos reclamos, pela Lei nº 3.725, de **15** de janeiro de 1919.

3. *Omissão do Código Civil.* A lei não fixou o prazo findo o qual

prescreva a ação da mulher para anular os atos pelos quais *o* marido tenha alienado ou gravado de ônus real imóveis particulares ou alienado seus direitos reais sobre imóveis alheios. Donde duas opiniões: *a)* Cumpre atender-se à regra de interpretação: Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os d

princípios gerais do direito. Porém ai mesmo é que surge a dificuldade: estende-se à espécie o prazo que tem o marido para anular atos idênticos da mulher, ou o prazo que tem a mulher para anular atos do marido igualmente sem a devida outorga uxória? No primeiro caso, o tempo de prescrição é de dois anos; no segundo, de quatro anos. Qual o caso análogo? Argumenta-se: Entre a açao da mulher para anular atos do marido relativos a imóveis particulares ou direitos reais sobre imóveis alheios e a ação do marido para anular atos idênticos da mulher há a *analogia* do incidente jurídico; mas, se bem que o objeto não seja o mesmo, maior é a analogia entre a referida ação e as outras que tem a mulher para desobrigar ou reivindicar imóveis comuns, anular fianças etc. Assim, a melhor solução é a de se fixar o prazo de quatro anos para a prescrição de que se trata.

Dir-se-á que a matéria prescricional é de direito estrito, de modo que não cabem argumentos fundados em analogia. A advertência (diz-se) não procede; fora absurdo, na falta de regra jurídica explícita, que se submetessem tais atos *anuláveis* ao prazo de dez, ou quinze, anos, nas ações reais, e de vinte, nas ações pessoais. O princípio de que a1 matéria prescricional não permite interpretação analógica sofre exceção quando, evidentemente, se trata de esquecimento do legislador, *incuria leqis.* A razão por que se faz anulável a fiança prestada pelo marido, sem assentimento da mulher, é o seu defeito de solenidade, a falta da outorga uxória; a anulação dos atos relativos aos imóveis particulares do marido, ou seus direitos reais, de patrimônio individual, em imóveis alheios, tem o mesmo fundamento: a falta do assentimento da mulher. Na 39 edição, escrevemos: “Nada mais se faz, adotando-se a interpretação que sustentamos, desde a V edição, do que revelar-se o direito latente. Além disso, cumpre observar-se que não há só a analogia da causa da anulabilidade, há, também, a analogia derivada da *identidade* do autor do ato anulável e do autor da ação para a anulação.” E) A melhor interpretação é a que explicita, de acordo com os princípios gerais de direito e de direito das coisas, o art. 178, § 9ª, 1, *a),* onde se diz prescrever em quatro anos a ação da mulher para desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou, sem outorga uxória, ou suprimento dela

pelo juiz. Bens imóveis do casal não são, aí, os bens imóveis comuns que constem do registro de imóveis como pertencentes a ambos os cônjuges, mas apenas aqueles que, embora comuns por força do regime matrimonial de bens, constam do registro de imóveis como pertencentes a um dos cônjuges, sem se ter averbado o casamento ou a comunhão. Quanto aos bens comuns, que do registro de imóveis constam como comuns, alienação ou gravação pelo marido, sem o consentimento da mulher, ou sem o suprimento pelo juiz, não seria causa de nulidade, ou de anulabilidade, mas sim de *ineficácia* (alienação ou gravação de coisa alheia). No direito de família, não há lugar para se cogitar de tais atos, nem há prescrição especial. O

adquirente ou titular do direito real está diante de caso comum de alienação ou gravame pelo não-dono. Pode ele alegar prescrição da ação real, ou usucapião. Porém isso nada tem com o direito de família. Esteve diante de caso semelhante a 2ªCâmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 26 de dezembro de 1945 *(J*

28/43); e merece aplausos o relator, Desembargador Erasto Correia, em ter afirmado que o art. 178, § 9ª, 1, *a),* não incide, mas sim o art. 177 (sem razão, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de novembro de 1949, *RT* 184/790, que aplicou o art. 178, § 99, 1, *a),* em caso de venda de bem comum pelo marido, utilizando procuração falsa da mulher). Quanto aos bens imóveis padiculares do marido, não se pode pensar em prazo especial de prescrição. O art. 239 dá a ação de anulação assim àmulher como aos seus herdeiros.

Não discutamos se fez bem, ou não, o Código Civil em cogitar da ação do marido, ou dos seus herdeiros, para anulação dos atos da mulher, praticados sem o seu assentimento, ou sem o suprimento desse pelo juiz, e em não redigir regra jurídica idêntica, ou outra regra jurídica especial, para a ação da mulher ou seus herdeiros, em se tratando de anulação dos atos do marido, praticados sem o seu assentimento, ou sem o suprimento desse pelo juiz. De *iure condito,* não há tal regra jurídica no Código Civil, e não podemos revelá-la. A ação é pessoal e prescreve em vinte anos (art. 177). Somente com a sentença favorável, na ação constitutiva negativa, é que poderá haver execução, por meio de reivindicatória, se a mulher ou os herdeiros são legitimados a isso.

Pode dar-se que, tendo morrido o marido, não mais tenha interesse na decretação da anulação, ou na reivindicação, a mulher. A mulher herdeira é sempre legitimada. O adquirente da propriedade (domínio ou outro direito real) apresentará as objeções, ou exceções, que tiver Com a solução, que aí demos, mais observados ficam os princípios, postos de lado os argumentos da 1ª e da 3ª edição do *Tratado de*

Direito de Família.

A ação relativa à ineficácia é *declarativa.*

§ 853. Assentimento da mulher e sua falta

1.

Como se dá a outorga uxôria; não *há assentimento tácito nem presumido.* A outorga ~ dada em instrumento público, nos contratos constitutivos ou transíativos de direitos reais sobre imó veis de valor superior ao indicado no Código Civil, art. 134, III, que se reajusta segundo o § 6ª do art. 134 Código Civil, art.

132: "A anuência, ou a autorização de outrem, necessária à validade de um ato, provar-se-á do mesmo modo que este, e constará, sempre que ser possa, do próprio instrumento"); e o de ser em instrumento particular, nos demais casos. Antes do Código Civil havia duas opiniões: a de Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de* d

Família, 65) que dizia poder ser dado o assentimento por escritura pública, ou particular, conforme a espécie o exigisse; e a de Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 162), que exigia para todos os casos a escritura pública. A falta de outorga expressa torna o ato anulável, salvo se a supriu o juiz. A lei não admite o assentimento *tácito* da mulher, nem o *presumido.* A anulação dos atos praticados sem outorga da mulher somente pode ser demandada por ela, ou seus herdeiros (art. 239). Se se trata de imóveis alienados ou gravados pelo marido, constantes do registro de imóveis como dele, mas comuns, a ação da mulher para reivindicá-los ou desobrigá-los prescreve em quatro anos, ao contar da data da dissolução da sociedade conjugal. No mesmo tempo, prescreve a ação dos herdeiros, a contar do dia do falecimento da mulher, se ela faleceu sem propor a anulação (art. 178, § 9ª, 1, *a* e E, e III). Quanto aos bens comuns, exige-se consentimento da mulher. A respeito deles, a mulher há de ir a juízo, como autora, ou como ré. O suprimento é de consentimento. A alienação sem consentimento é alienação de metade pelo marido, sem ser dono, e de metade, como comuneiro, sem assentimento.

2.

Extinção do processo sem julgamento do mérito; falta da outorga e nulidade. Quanto aos atos em Justiça, se a mulher do autor não deu outorga, é o processo extinto sem apreciação do pedido (Código de 1973, art. 267, IV), e o autor paga as custas. A outorga ou citação da mulher, se necessária, exige-se, não só para início da causa, como também para o seguimento, *e.g.,* em grau de apelação, na instância superior (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* li, 95). Mas não é necessária outorga ou citação para os incidentes da causa, e entende-se dada também para a execução da sentença, se o exeqúente é o marido. Se a execução procede de ação reipersecutória, em que se pede a entrega de certos bens de raiz, requer-se, de praxe, a citação da mulher. A falta de outorga expressa torna o ato nulo, salvo se suprida pelo juiz competente quando a ação já esteja em primeira ou segunda instância (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* 111, 22: "... in omnibus bis casibus, adeo uxoris citatio requiritur, ut eius defectus processum annullet, nisi suppleatur in prima, vel secunda instantia"). Consultem-se os nossos *Comentários ao Código de Processo Civil,* arts. 267-268.

3.

Anulação dos atos do marido não-assentidos. A anulação dos atos do marido praticados sem o assentimento da mulher, se esse era indispensável importa ficar obrigado aquele pela importância da vantagem que do ato anulado adveio a ele ou ao casal, ou à consorte (art. 255). Se o terceiro prejudicado estava de boa-fé e os bens particulares do marido não bastam para ressarciribe o prejuízo, o dano se comporá pelos bens comuns, na razão do proveito tirado do ato pelo casal (art. 255, parágrafo único}. Quando tivermos *de* falar das conseqúências da falta de assentimento marital, melhor versaremos as regras juridicas contidas no art. 255

e no seu parágrafo único, que são comuns à anulação dos atos do marido praticados sem outorga uxória e aos atos da mulher praticados sem outorga marital. No art. 255, nenhuma distinção se faz entre o terceiro de boalê e o terceiro de má-fé, Basta, como pressuposto ter havido "vantagem", enriquecimento proveito, para o próprio cônjuge que praticou o ato, para O outro, ou para o casal. Temos, pois, que o marido responde ainda quando do seu ato nenhum proveito tenha decorrido para ele, se a mulher lucrou. Não é a mulher que responde. Se os bens do marido não bastatem, tem-se de perguntar se o terceiro

estava de boa-fé. Nesse caso, a sua boa-fé dá-lhe o direito de ir contra os bens comuns, na razão do proveito que um e outro cônjuge tenham tido, desde que, *ex hvpothesi,* o marido lucrou e também a mulher. O proveito dos filhos menores, ou de quaisquer pessoas que estejam às expensas do casal, é proveito do casal, para os efeitos do art. 255 e do seu parágrafo único.

Se o ato foi de alienação ou gravame de bem comum, cumpre distinguir da ação de invalidade, que é constitutiva negativa, a ação de ineficácia, que é declaratória. Por exemplo, se A, marido, sem outorga uxória, alienou o bem imóvel, cuja metade era bem próprio dele e outra metade comum aos cônjuges, alienou *invalidamente* metade mais um quarto do bem *e ineficazmente* o outro quarto. Quanto à metade e ao quarto invalidamente alienados, os arts. 255 e parágraf o único incidem, indiscutivelmente. Quanto ao outro quarto, ineficazmente alienado, faltou consentimento, **e** não assentimento; não se devem invocar o art. 255 e o parágrafo único, mas sim os arts. 1.331, 1.332, 1.343 e 1.344. Se o cônjuge alienou, sem consentimento do outro cônjuge, bens dessoutro, dá-se o mesmo. Tratando-se de bem que ainda consta do registro de imóveis como do marido, se bem que comum, incidem os arts. 255 e parágrafo único.

d

Capítulo 111

Direitos e Deveres da Mulher

§ 854. Direitos e deveres

1. *Nome, consideração* social. “A mulher poderá acrescer aos seus os apelidos do marido”, diz o Código Civil, art. 240, parágral o único. Donde podem decorrer os seguintes direitos: 1 - O de usar o nome do marido, salvo se vencida na açao de separaçao judicial (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 17, *prà,* ou se, na conversão da separação litigiosa ou consensual em divórcio, não incidiu nenhuma das três regras jurídicas da Lei nº 6.515, art. 25, parágrafo único, 1 (evidente prejuízo para sua identificação), III (manifesta distinção entre seu nome de família e os dos filhos do matrimónio dissolvido) e IIII (dano grave reconhecido em decisão judicial). III - O de participar da consideração social, *de* lílius *dignitate participare,* e das honras pessoais do marido, salvo as que são consubstanciais ao exercício de cargos públicos ou profissão. Abolidos pela primeira Constituição da República e pelas de 1934, 1937 e 1946, os privilégios, ~não se reconhece o direito da mulher a usar os títulos nobiliarquicos do marido, ou os seus privilégios: **—...** *et eisdem fernie honoris titu lis; et privilegIIIs utitur”?* Não há, no direito brasileiro, títulos honoríficos ou nobiliárquicos, que possam ser reclamados pela mulher, ou pelos filhos. Mas o titulo honorifico ou nobiliárquico pode resultar de outro sistema jurídico, que lhes reconheça a comunidade com a mulher, ou a transmissão. Se o marido, violando a lei que rege o título mesmo, obsta a que a mulher dele faça uso, enquanto não há motivo legal para a perda do nome, ou, especialmente para a perda do titulo, priva-a de participar da mesma consideração social, que tem, e o seu procedimento constitui infração dos deveres de marido, ou, o que diz o mesmo, dos direitos da mulher, bastando, até, para compor a figura da conduta desonrosa, pressuposto suficiente para separação judicial, com a condenação do marido, sem perda do uso do próprio título, o que há de ser previsto pela sentença de separação judicial. IIII - O de exigir do marido proteção para sua pessoa, honra e bens.

Se a mulher se separa judicialmente, ou se divorcia, ficando com direito a usar o nome do marido, entende-se que lhe cabe optar por um ou por outro, ou usar os dois, ou renunciar, depois, ao nome do

marido (5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de julho de 1947, RT 54/287: "Finda a sociedade conjugal, pelo desquite amigável, não mais existe, para a mulher, a obrigação de usar o nome do marido. Na espécie *sub iudice,* não se trata de alterar ou modificar o nome de solteira da autora, mas, sim, não mais usar o apelido do marido em seu nome, uma vez que foi homologado o desquite amigável. Nestas condições, tem indiscutível direito de não mais usar o apelido do ex-marido. Torna-se, pois, dispensável a audiência do ex-marido sobre tal pedido, uma vez que os seus direitos, sobre a mulher, cessaram desde a decretação do desquite.

2. *Pretensões* e *ações.* A lei não indica ações para assegurar todos esses direitos; mas a mulher pode firmar-se em qualquer violação deles, por parte do marido, a fim de obter a separação judicial. O fato de obrigar o marido a que a mulher não use o seu apelido e não participe da mesma consi~eração social (como, por exemplo, constrangendo-a a ausentar-se nos dias de recepção), bem como deixar de defender a mulher, ou promover acusação por ofensas ou injúrias contra ela, constitui *conduta desen rosa.* A mulher pode pedir *habeas corpus* para conseguir entrada no domicílio conjugal, ou, preventivamente, para nele permanecer, se de alguma autoridade pública provém a coação ou ameaça. Tem, em quaisquer casos, ação declaratória.

3.

Defesa em a mulher pedir cer-lhe meios. juízo. Para defender-se judicialmente que seja Se o regime de bens em juízo, ou acusar, pode obrigado o marido a fome-não for o da comunhão universal, o marido recobrará da mulher as despesas que com a defesa dos bens e direitos particulares dessa houver feito (art.

241). Mas os gastos efetuados para acusação e punição dos que ultrajarem ou injuriarem a mulher correm, sempre, por conta do marido.

A mulher casada não precisa de assentimento marital para se defender em juízo criminal: os honorários do advogado são pagos pelos serviços que prestou (45 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de março de 1939 e 20 de setembro de 1939, *RT* 120/129 e 123/527). A divida é paga pelos bens particulares, salvo incidência do art. 255, parágrafo único. Nem para ir contra qualquer situação de que, por ato ou omissão do marido, lhe veio prejuízo (45 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de abril de 1945, *RT*

161/630**).** *A fortiori,* contra ato do marido (2ªCâmara, 15 de outubro de 1940, 129/146).

d

4.

Auxiliar do marido nos *encargos de família.* Da situação da mulher como auxiliar do marido nos encargos da familia resultam deveres morais e deveres de caráter jurídico. Os principais são: *a)* Administrar o domicílio conjugal. *b)* Prestar ao marido serviços *obsequiais,* segundo expressão dos velhos juristas (cf.

Manuel de Almeida e Sousa, Notas *de Uso Prático,* III, 300). *c)* Concorrer, com os seus recursos, ou com o seu trabalho, se preciso, para a alimentação comum.

5.

Direitos nascidos de deveres. Desses deveres emanam, por sua vez, pequenos direitos, produtos espontâneos da vida diária, a alguns dos quais deu o Código Civil, acertadamente, sanção legal. Presume-se, pela lei (Código Civil, art. 247, 1, III) autorizada a mulher: *a)* Para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica (Correia Teles, *Digesto Português,* III, 60), bem como locações de serviços para os cuidados do lar (cozinheira, arrumadeira, lavadeira etc.), fornecimentos de gêneros alimentícios e matérias de gasto doméstico. *b)* Para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de *Uso* Prático, III 349: **—...** viveres para alimentos da família ou empréstimos que pede para esse fim, regulado tudo por um prudente arbítrio, conforme as qualidades, e opulências, e numerosidade da família, e precisões dessas diárias minúcias, ou empréstimos para elas, tudo obriga e faz responsavel o marido pelas dividas e empréstimos para esses fins").

Na espécie do art. 247, 1, não há mandato tácito, conceito a que se arrimou a doutrina francesa, na ausência de regra jurídica como a do art. 247,1. A lei estabelece que a mulher tem tal poder juridico, desde que satisfeitos os pressupostos, que são o de serem necessárias à economia doméstica as coisas adquiridas e não haver razão para se pré-excluir tal poder (cf. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29 de abril de 1949, *Ai* 91/369: "Tudo quanto convém examinar é se as circunstâncias definem uma compra em beneficio da economia doméstica, aquisição de coisas normais ao uso do casal, ou mesmo da própria mulher. Devem combinar-se a situação de fortuna dos esposos (?) e a necessidade ou utilidade das despesas. Ora, simples exame na lista de mercadorias vendidas revela desde logo a prodigalidade dessa aquisição anormal e excedente às necessidades domésticas, como bem salientou a sentença apelada, de modo que não pode a operação pela qual o apelante‟thama a responsabilidade do apelado se enquadrar no âmbito estreito aludido no n0 1 do art. 247 do Código Civil, a despeito da posição social do casal, aliás já desquitada por força de decreto judicial"; Câmaras Conjuntas, 26 de agosto de 1936, RT 104/326: "Desde que o marido tinha conhecimento das transações praticadas pela mulher e nelas consentia, permitindo a emissão de promissó?ia, e, não ficando provada a coação para que a emitente assinasse os títulos, são esses válidos. Tendo sido o empréstimo contraído para pagamento de aluguel de casa,

considera-se para fim doméstico e presume-se a mulher autorizada pelo marido.”).

§ 855. Limitações à situação da mulher casada

1.

Criações da lei, e não-limitações fundadas em incapacidade ou infirmeza de caráter. As limitações à situação da mulher não se fundam na sua infirmeza de caráter; nem, tampouco, na inf erioridade de sexo. E

criação da lei por motivos de interesses públicos da família. Também o marido, para certos atos, necessita de assentimento uxório, o que prova serem as limitações à situação da mulher casada, não derivadas das qualidades físicas ou psíquicas do sexo feminino, mas resultantes da instituição social do matrimônio, que, embora, como contrato, pertença ao direito privado, como função social, em várias regras jurídicas, pertence ao direito público. Essa afirmação de que algumas regras do direito de família pertencem ao direito público é, hoje em dia, objeto de longas dissertações, mais ou menos assente, bem assim a de que a mulher casada não é incapaz, porém já constituía texto explícito de nossa 1ª edição, do *Tratado de Direito de Família,* em 1916-1917. O Código de Processo Civil de 1939, arts. 80-84, veio explicitar a nossa interpretação de não ser incapaz a mulher casada.

2. *Eficácia igual do matrimônio.* O matrimônio tem para o homem e para a mulher os mesmos efeitos, se bem que mais exigentes e extensos para a mulher do que para o marido. Cessada a união legal, readquire o outro cônjuge a sua completa liberdade. Donde se conclui que a limita çâo à situação da mulher casada não é de direito natural, mas de direito civil; não é subjetiva, e sim objetiva; não se origina de defeito, pois que são capazes as viúvas e as solteiras maiores, mas da importância de certos atos da vida civil. Por isso mesmo, a lei enumera os atos para os quais se faz mister o assentimento marital, e não se pode estender a exigência a nenhum outro ato excluído da lista taxativa, salvo correlação absoluta.

d

3.

Atos que a mulher não pode praticar sem *a autorização do marido.* „A mulher não pode", diz o art.

242, "sem autorização do marido (art. 251): 1 - Praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235). III - Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº III, IIII, e VIIII, 269, 275, e 310). IIII - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem. IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal." Quanto aos direitos, pretensões e ações de direito público, *e.g.,* não precisa a mulher casada de assentimento marital; nem para ingressar em juízo quando se trata de direito, pretensao ou ação decorrente do exercicio de função pública (Tribunal de Justiça do Espirito Santo, 9 de fevereiro de 1950, tU 188/387), ou de direito ao cargo, ou de atos necessários à obtenção do cargo ou função. Se, por exemplo, foi citada a mulher para lançamento ou pagamento de impostos, pode comparecer em juízo sem autorização do marido, até porque a relação jurídica é de direito público; bem assim, se foi citada na ação regressiva de que cogita o art. 37, § 6t da Constituição de 1988.

4. *Alienações e ônus real.* No art. 235, 1, proibe-se ao marido que, sem assentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens, aliene, hipoteque, ou grave de ônus real, os bens imóveis, ou aliene direitos reais sobre imóveis alheios. No art. 242, 1, diz-se que a mulher não pode, seu? autorização do marido, praticar os atos que esse não poderia, sem o assentimento da mulher; de modo que, dentre os atos que o marido não poderia praticar sem o assentimento da mulher e dentre os que a mulher nao poderia praticar sem assentimento do marido, estão os de que cogita o art. 235, 1. A despeito disso, o art. 242ª. III e IIII, consigna, em preceitos especiais, o que já estava compreendido no art. 235, 1, e, pois, no art. 242, 1. Diante de tal redundância houve quem pensasse que o art. 242,11 e 111, tinha o fito de vedar a dispensa, em pacto antenupcial, do assentimento marital quanto a ahenaçao, *ou* gravame de ônus real, de imóveis do domínio particular da mulher, ou à alienação dos direitos reais sobre imóveis, que tivesse, como bem seu, a mulher. Se tal interpretação fosse verdadeira, teríamos a possibilidade de, nos pactos antenupciais, se estabelecer a dispensa do assentimento da mulher para a alienação dos bens imóveis pertencentes ao marido, para o gravame de tais bens,

ou para a alienação dos direitos reais do seu domínio particular. Destoaria isso do sistema do Código Civil. Em verdade, apenas se trata de *incuria legis.* No Projeto primitivo, o marido podia alienar os imóveis próprios e somente precisava de assentimento uxório para a alienação dos bens comuns. Posteriormente, procedendo-se à equiparação entre a mulher e o marido, esqueceu ao legislador riscar os incs. III e IIII do art.

242, notoriamente supérfluos. Temos, assim, que não pode a mulher, sem assentimento do marido, praticar os atos que esse não poderia praticar sem o assentimento da mulher; isto é: *a)* alienar, hipotecar, ou gravar de ônus real os bens imóveis comuns, ou alienar os direitos reais, comuns, sobre imóveis alheios, bem como pleitear, como autora ou ré, assistente ou opoente, acerca desses bens e direitos; *b)* alienar, ou gravar de ônus real, os bens imóveis próprios, quer dizer, não-comunicados, qualquer que seja o regime de bens (cf.

Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus* iurium, 1, 119: "Plane uxor in hoc Regno sine licentia viri non potest dotare, cum id tantum manto permittatur de mobilibus"; o Código Civil equipara a mulher ao marido, quanto a isso: pode fazer esmolas a mendicantes, conforme os seus haveres e hábitos, cf.

Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 208; conforme sua fortuna, fazer presentes, mimos, e dotar os filhos por ocasião do casamento etc.), ou alienar os seus direitos reais, próprios, sobre imóveis de outrem, inclusive sobre imóveis do marido, bem como pleitear, como autora ou ré, assistente ou opoente, acerca desses bens e direitos; c) prestar fiança; *d)* fazer doação com os bens e rendimentos comuns, mesmo quanto a bens móveis, salvo remuneratória ou de pequeno valor. Valem os dotes ou doações nupciais às filhas e as doações feitas aos filhos por ocasião de se casarem, ou estabelecerem economia separada, e tais doações podem consistir em móveis ou imóveis, uma vez que não excedam ao que a mulher, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (arts. 242, 1, 236 e 1.176), nem mais do que podena ser a legitima da filha dotada ou do filho donatário (Antônio da Gama, Decisiones, ed. de 1683, 69: **—...** non potest disponere, ut imputetur filiae in legitimam, nisi ilIa quae de iure debeant imputari").

5.

Aceitação e renúncia de herança. Antes da edição da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV, do art. 242, IV, em diante, começavam as desigualdades entre as exigências feitas à mulher e as exigências feitas ao marido. A primeira era a de aceitar ou renunciar herança ou legado (art. 242, IV). Entendia a lei que, no aceitar alguma herança ou legado, podia a mulher comprometer-se perante a sociedade, ou perante a família, razão para que se exigisse o assentimento marital. Quanto a esse fundamento, é de notar-se que menor não era o escândalo se o marido negasse o assentimento, uma vez que o aceitar sem assentimento seria menos significativo que a denegação do assentimento marital. Não só: o próprio Código Civil, no art. 245, 1, permite o suprimento judicial do assentimento marital quando sem razão a denegação por parte do marido. Leva-se ao pretório questão íntima de família. Por outro lado, ~dar-se-ia que não pudesse constituir escândalo aceitar o d

marido herança ou legado de determinadas pessoas? Quanto à renúncia, a falta de técnica do Código Civil era evidente: o marido devia ter, apenas, o recurso para *o* juiz. Dizia o art. 242, IV, que a mulher precisava do assentimento marital para renunciar herança ou legado. No sistema do Código Civil, o interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, pode, vinte dias depois de aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, dentro dele, se pronunciar o herdeiro, soS pena de se haver a herança por aceita (art. 1.584). Uma vez que se tratasse de mulher casada, o prazo era marcado à mulher e ao marido. Sem a ciência do marido, não poderia correr o prazo, uma vez que se estabelece a aceitação pelo silêncio. Se a mulher não quisesse aceitar, isto é, quisesse renunciar, seria, *de lege feren4a,* inoperante qualquer vontade do marido, porquanto, sem a aceitação por ela nenhum efeito teria o assentimento do marido para aceitar. Mas a questão merece maior exame. Se o marido nada dizia, aceita estava a herança; se a mulher declarava não aceitar e o marido assentia em que ela aceitasse, aceitação não havia; se ela declarava que aceitava, ou se nada declarava, e o marido lhe negava o assentimento, cabia à mulher requerer o suprimento, sob pena de não ter havido a aceitação estabelecida pelo silêncio, segundo o art. 1.584. Se a mulher morria antes de declarar se aceitava a herança, o direito de aceitar passava aos herdeiros, salvo diferente disposição testamentária (o art. 1.585 é dispositivo; para alguns, interpretativo, porém não imperativo). Se

ainda cabia recurso da denegação do assentimento marital, ou se ainda não passara em julgado a decisão que negou o suprimento, tinham os herdeiros o direito de aceitar. Se a mulher renunciou, com ou sem aquiescência do marido, renunciada estava a herança, e restava saber-se se a alusão do art. 242, IV, à renúncia permitia exame judicial do não-assentimento para renunciar. A resposta que déssemos servia à questão antes levantada e à transmissão do direito de aceitar, ou não, a herança. O Código Civil fez depender do marido a renúncia, em vez de lhe dar apenas o exame da aceitação. O fundamento foi, portanto, de ordem econômica: esperava o Código Civil que a mulher, algumas vezes, não pesasse bem o interesse da família, quando renunciava herança ou legado. Tínhamos, assim, que, querendo o marido aceitar e não no querendo a mulher, tinha essa de recorrer ao juiz para que suprisse o assentimento marital. Não se compreendia que ao marido fosse dado renunciar herança nos casos em que prejudicaria a família, só se prevendo o prejuízo que a ela pudesse trazer a renúncia por parte da mulher. Cedo, o texto do Código Civil tinha fontes antigas (cf. L. 174, *de diuersis regulis iuris antiqul,* 50, 17, que afastaria a solução): nesse sentido, que dimiflui a mulher, Antônio Mendes Arouca *(Adnotationes Practicae,* 208: “Ampliatur secundo in aditione haereditatis, ut sine consensu viri, quia est quasi contrahere, mulier adire non possit; Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de Uso Prático,* li, 434). Não podia aceitar, porque a aceitação é aquisição; e porque não podia aceitar, não podia renunciar: “quod quis si velet habere non potest, id repudiare non potest“. Mas, a olhos modernos, tudo isso já perdeu a velha significação, inspirada em tempos de nenhuma cultura da mulher, de nenhuma experiência da vida, e em que era ínfima a sua atuação nas relações de negócios e nas responsabilidades materiais da família.

6.

Tutela, curatela ou outro múnus público. Sem assentimento marital, não podia também a mulher antes da Lei nº 4.121, art. 1ª, IV, aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público. Note-se, de início, que, para recusar, a mulher não precisava de assentimento marital; se recusou, contra a vontade do marido, recusada estava. No direito anterior ao Código Civil, as mulheres, exceto a mãe e avó, não podiam ser tutoras. O

Código Civil, que lhes permitiu, em quaisquer casos, a tutoria, ou a curadoria, entendeu de exigir lhes, quando casadas, o assentimento marital. Múnus público, a que, ai, se referia o Código Civil, era todo

aquele que podia ser recusado. Quando o múnus público era irrecusável, ou a sua recusa importava em perda de algum direito político, não cabe pensar-se em necessidade de autorização marital. Lesse-se, aliás, assentimento onde se dizia

"autorização". Discutiu-se se constituía múnus público o cargo de inventariante e se, para a aceitação dele, era de mister o assentimento marital. Claro que, para assumir a qualidade de inventariante, dele precisava a mulher casada, pois que a função lhe trazia deveres que se podiam refletir na vida econômica da família. Não importava estarem ou não separados de fato os cônjuges (Superior Tribunal do Rio Grande do Sul, 12 de julho de 1921), se bem que tal circunstância pudesse ser levada em conta, pelo juiz, quando tivesse de decidir sobre o pedido de suprimento do assentimento marital. O mesmo raciocinio haviamos de fazer quanto à aceitação do cargo de testamenteiro.

7.

Litígio em juízo *cível.* Sem assentimento marital, antes da Lei nº 4.121, art. 1ª, IV, não podia a mulher litigar em juizo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251 do Código Civil (art. 242, VIII). A regra jurídica vinha de longa data, no direito reinícola (8. Egidio, Commentarid ín *L. Ex* hoc jure, 1".

III, c. 7, nº 57: "Ex exceptissima gene;.alique regni consuetudine mulier non potest esse in iudicio tam circa immobilia quam mobilia absque mariti consensu). Sofria as exceções do art. 248 e, nos casos do art. 251, as do art. 251, parágrafo único. Assim, podia litigar em juízo civil ou comercial a mulher casada, quando o seu pedido, em ação, ou em reconvenção, como assistente ou como opoente, ou a sua defesa, como ré, assistente ou opoente se referisse a algum dos casos seguintes: a) exercício do direito que lhe competia sobre as pessoas dos filhos de leito anterior; *b)* para desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, que o marido tinha gravado, d

ou alienado, sem sua outorga, ou suprimento do juiz, bem como para alegar a anulabilidade dos atos do marido concernentes a bens próprios, para os quais fosse de mister o assentimento uxório; c) para anular as fianças ou doações feitas pelo marido, com infração das regras do art. 235, IIII e IV; *d)* para reivindicar os bens comuns móveis, ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina; e) quanto a bens adquiridos em virtude de os ter o marido doado ou

transferido à concubina, ou de quaisquer outros que possuísse livres da administração do marido, não sendo imóveis; fi para promover os meios assecuratórios, e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos àadministração do marido, contra esse lhe competiam; g) quanto àação de nulidade ou de anulação do casamento; 14 quanto ao pedido de declaração de putatividade do casamento nulo, ou anulável; O quanto à ação de separação judicial; j) quanto aos alimentos, que lhe cabiam, quaisquer que fossem os fundamentos, e não só no caso do art. 224, como parecia sugerir o art. 248, IX; 1) para continuar processo iniciado antes do casamento, salvo disposição contrária no pacto antenupcial, ou prova de que o marido se opunha antes de contraído o matrimônio, ou de que ignorava a existência de tal processo; *rn)* para o exercício de quaisquer atos, que fossem elementos de aceitação de herança ou legado, se o marido assentira em que a mulher aceitasse, ou consequências dela; n) para promover a decretação de ausência ou interdição do marido (art. 447, 1); o) para praticar quaisquer atos conservatórios de direitos; p) para se opor com embargos de terceiro por seus imóveis dotais, quando estivesse sendo executado o marido; q) para se opor com embargos de terceiro pedindo separação do dote, para o que devia proceder sentença contra o marido; r) para as ações inerentes ou conseqUentes ao exercício da tutela, curatela, ou outro múnus público, uma vez que o marido lhe dera assentimento para aceitar; s) para alegar em juízo, qualquer que fosse a forma processual, invalidade ou ineficácia de atos praticados pelo marido sem o seu assentimento. Cabia à mulher qualquer ação relativa aos bens móveis comuns, aos particulares seus e aos bens móveis particulares do marido, bem como qualquer defesa, quando lhe competiam a direção e administração do casal, por estar o marido em lugar remoto, ou não-sabido, em cárcere por mais de dois anos, ou judicialmente julgado por interdito (art. 251 e parágrafo único). Quanto aos bens imóveis comuns e do marido, de mister a autorização do juiz, pela regra de que litigar é como alienar, e o art. 251, parágrafo único, IV, sujeita a autorização especial do juiz a alienação dos imóveis comuns e do marido.

A proibição do art. 242, VIII, que o Estatuto da Mulher Casada apagou, era de litigar em juizo cível ou comercial; não abrangia, portanto, o que pertencia ao foro criminal ou se referia a direitos de personalidade ou públicos.

8. Exercicio de profissão. Sem assentimento marital, também não podia a mulher exercer profissão; *obter,* após a Lei nº 4.121, de 27 de

agosto de 1962, art. 1ª IV. E o que dizia o Código Civil, art. 242, VIII, reportando-se ao art. 233, IV. A regra era a de ser revogável o assentimento do marido, porque assim o queria o art. 244; porém, tratando-se de função pública, seria atentatório do interesse, que resulta do serviço estatal, que a investidura da mulher ficasse dependente da vontade do marido. Aliás, devia o juiz ser muito prudente em considerar justa a revogação do assentimento marital, ainda quando não ressaltasse a sua intempestividade, ou o intuito de prejudicar a mulher, ou, ainda, a inconveniência econômica, quando „houvesse discordância entre o interesse profissional do marido e o interesse profissional da mulher. Quando a profissão do marido fosse, social e economicamente, inferior à da mulher, seria absurdo que se sacrificasse o interesse dela e da familia ao interesse do marido, salvo, está claro, casos excepcionalissimos que ficavam à apreçiação judicial.

E certo que, no art. 245, III, estabelecia o Código Civil: “A autorização marital pode suprir-se judicialmente: III - Nos casos do art. 242, nº VIII e VIIII, se o marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos.” A primeira vista, o art. 245,11, limitava a apreciação judicial sem qualquer outro critério que o da subsistencia da mulher e dos filhos. Cumpre, todavia, observar-se que subsistência não era, ai, o indispensável à casa, alimentação e roupa, nem, tampouco, o mirúmo vital, e sim aquilo que mantinha a mulher e os filhos à *altura da* sua situo çâo social, *de* educação *e de* meios materiais, que tinha, ou a que era razoável que aspirasse, devendo-se, quanto aos filhos, fazer o mesmo raciocinio. É dever dos pais dar educação *à* prole, e o intuito final da organização familiar é um conservar e um progredir, que seriam sacrificados, vedando-se o desenvolvimento dos individuos e dos povos, se algum critério houvesse que circunscrevesse os deveres dos pais à permanência rígida no que eles eram e no que são. Por outro lado, não só a revogação podia causar a prejuízos *à* mulher que se entregou *à* sua profissão e a ela, com permissão do marido, dedicou muito do seu tempo e da sua vida, como também cortar as possibilidades de carreira honesta e com êxito instaurada. O

abuso do direito do marido não poderia, em tais casos, ser permitido.

No direito anterior, a mulher só necessitava de assentimento marital para exercer a profissão de comerciante.

O Código Civil reviveu proibição que mais se compreenderia, ou só se compreenderia, em regime patriarcal, de que já se estava longe no começo da nossa nacionalidade, e do qual cada vez mais nos

distanciamos.

d

Pergunta-se se, em face do art. 247, parágraf o único, do Código Civil, podia ser tócito o assentimento marital para o exercício do comércio por parte da mulher. A solução afirmativa que déramos na V edição foi seguida pelo Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo (29 de outubro de 1917), Cãndido de Oliveira, Vicente Rão, Bento de Faria, Ferreira Coelho e III. *X.* Carvalho de Mendonça, esse posteriormente. Na jurisprudência, merece citar-se o acórdão da Corte de Apelação do Espirito Santo, a 13 de novembro de 1936 *(RT* 113/776): cabe ao Código Civil estabelecer as normas concernentes à capacidade da mulher casada. No Titulo III, Do Direito de Familia, ocupa-se dos efeitos juridicos do casamento. Entre esses está o direito que cabe ao marido de autorizar a profissão da mulher, art. 233, IV, e 242, VIII.

O Código exige que essa autorização conste de instrumento público, ou particular, devidamente autenticado; abre, porém, exceção quando a mulher ocupa cargo público ou, por mais de seis meses, se entrega à profissão exercida fora do lar conjugal, art. 247, parágrafo único".

9.

Obrigações *que importem em alheação* dos *bens do casal.* Não é dado à mulher, sem assentimento marital, contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal (art. 242, IV, VIIII antes da Lei nº4.121, art. 1ª, IV). Não se veda qualquer obrigação, nem, sequer, qualquer obrigação que importe em alheação de bens; o que se veda é a obrigação que importe em alheação de bens do *casal.* A doutrina e a jurisprudência nem sempre prestaram a devida atenção à letra da lei. Convêm notar-se que, se, de um lado, se limita a proibição aos casos em que a obrigação possa importar em alheação dos bens do casal, por outro lado se estende a limitação à parte ideal da mulher nos bens do casal. Uma coisa é bem do casal, bem em que marido e mulher têm metade, cada um; outra coisa é essa metade, que pertence a cada um dos cônjuges, no bem do casal. Se o Código Civil houvesse dito que a mulher não poderia, sem assentimento, contrair obrigações que importassem em alheação de mais do que a sua parte ideal nos bens do casal, maior teria sido a sua possibilidade de contrair obrigações, pois que se lhe deixariam as obrigações que coubessem na sua parte

ideal. Não foi isso o que disse o Código Civil. A obrigação da mulher não pode atingir a sua parte ideal, porque atingiria o bem comum, objetivamente considerado. É evidente, em face do art. 242, IV, a inferioridade em que ficou a mulher. A mulher é obrigada sempre que o contrato ou o ato unilateral não importa em alheação dos bens do casal. Bem assim, é obrigada ex *detido.* E também de considerar-se que, ainda quando a obrigação importe em alheação dos bens do casal, fica dever moral (Antônio Mendes Arouca, Adnotationes *Practicce,* 208: "... quia resultat ex contractu uxoris, cui lex consuetudinis non assistit, obligatio naturalis, cui potes$ accedere fideIIIussor, et ex qua in foro conscientiae ipsa tenetur): não pode ser constran-gida a cumpri-la, pela eiva de invalidade, que resulta da regra juridica do art. 242,1V; pode ratificá-la; a fiança que assegura tais atos gera obrigação civil (art. 1.488) etc. Sobre as obrigações cambiárias, — adiante, nº 14-20. São invocáveis o art. 255 e o parágrafo único.

10. *Mandato.* Sem assentimento do marido, não podia a mulher aceitar mandato (arts. 242, IX, 1.299). No art.

242, não consignava o Código Civil o inc. IX. Dai, ao termos de enumerar os atos para os quais a mulher precisava do assentimento do marido, sem que deles houvesse tratado a lei civil, termos incluido a aceitação do mandato, acrescentando, no texto da 1ª edição do *Tratado de* Direito de *Família* que seria, implicitamente, obrigar-se a encargos de ordem civil, geradores de responsabilidade. A Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, que muito se inspirou no nosso livro, redigiu o inc. IX. A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, no regrar a situação jurídica da mulher casada, revogou explicitamente o art. 242, IX, e, implicitamente, o art. 1.299 do Código Civil.

11.

Abono à solvência de *fiadores, transação, compromisso arbitral,* remissão de dívidas do casal, confissão acerca de bens imóveis, permuta *e* sub-rogação, oposição. Também não pode a mulher, sem assentimento do marido, posto que não esteja explícito no Código Civil, art. 242: a) Abonar a solvência de fiadores, porque seria submeter-se às regras que se estabelecem sobre a fiança (art. 1.482: "Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto... sobre fiança~~). b) Transigir, acerca de imóveis, porque importaria permissão de aliená-los: quem não pode alienar, não pode

transigir. c) Louvar-se em árbitros, mediante compromisso escrito, acerca de imóveis. *d)* Remitir dívidas do casal, por isso que a administração dos haveres e negócios comuns compete ao marido, *e)* Confessar acerca de bens imóveis: Ajienatione prohibita, etiam prohibita censetur confessio ezus, qui alienandi *facultatern* non habet. Só é licito confessar a quem pode transigir, contratar, ou doar. Qui non potest alienare, no potest *confiteri,* é o que se conclui da L. 6, §§ 5 e 6, D., de confessis, 42, 2) onde se lê: "In pupilo tutoris auctoritatem exigimus.

Minorem a confessione sua restituemus etc. A confissão é menos meio de prova do que renúncia: Confessio *est* instar *renuntzat!oflLS.* Quando a mulher pode alienar o objeto da confissão, ou contrair a obrigação sobre que ela versa, eficaz é o que confessou. Assim: pode confessar pequenas dádivas; a alienação dos bens d

reivindicados por ela à concubina do marido, porque sobre tais bens, móveis ou imóveis tem a reivindicadora inteira propriedade (art. 248, V).

f) Permutar ou sub-rogar o que não pode alienar: a permuta, ou sub-rogação, pode ser vantajosa, porém não se permite à mulher, como não se permitiria ao marido, sem o assentimento do outro cônjuge, quer em relação aos imóveis de sua propriedade única, quer em relação aos bens comuns, móveis ou imóveis. g) Opor-se, se não pode litigar sobre o objeto da oposição. Porque opor-se é litigar. A Ordenação do Livro IIII, Título 47, § 2, era precisa:

"E não trazendo o autor, ou opoente, ou assistente, procuração de sua mulher, não o receba a tal demanda e absolva o réu da instância do juízo."

12.

Conteúdo do assentimento para litígar. O assentimento para litigar sobre imóveis comuns não se estende à transação ou ao compromisso, pois que tal assentimento envolve o direito do outro cônjuge e só se pode dar por procuração, que — feita para o foro em geral — não confere os poderes para os atos, que os exijam especiais (art. 1.326), como a transação, o compromisso etc. Também o assentimento marital, para que a mulher litigue sobre bens particulares imóveis, não se subentende extensivo à transação, ao compromisso, ou à confissão, porque para tais atos não está habilitada a mulher, uma vez que não

lhe deu o marido assentimento para alienar (art. 242, III), embora lho desse para litigar em juízo (Código de grocesso Civil, art.

10, *caput)*. Uma permissão não induz a outra; nem se diga que a confissão é fato ou ato judiciário, para o qual baste o assentimento geral de ir a juízo, pois a confissão, mais do que prova, é renúncia ao próprio direito e voluntária recognição do direito de outrem. Faz-se mister, portanto, pelo menos para ser prejudicial, que seja feita por quem possui a faculdade de alienar (ah eo *fiatI~ui alienandi facultatem habet);* e isso porque, se é cedo que a parte munida de assentimento a litigar pode depor ou confessar, não é menos certo que a confissão não pode produzir efeito no que o confitente exerça direito para o qual não se habilitara. *Aliter,* o depoimento, em si.

13. *Litígios* acerca de bens *móveis.* A respeito dos bens móveis, particulares, é irrecusável que tem a mulher o direito de estar em juízo e, pois, que os pode alienar, sobre eles transigir, ou louvar-se em árbitros. Quanto aos bens móveis comuns, nenhuma restrição se lhe fez no Código Civil, salvo no que também se limitou a situação do marido, isto é, no tocante a doações (arts. 235,1V, e 242, 1). Restava, no regime jurídico anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV, saber-se se a proibição de litigar em juizo civel e comercial abrangia aqueles casos em que tinha de defender, em juízo, bem móvel, comum, ou seu. Quanto aos comuns, havia a sociedade conjugal, de modo que seria impossivel sustentar-se a desnecessidade do assentimento.

Quanto aos bens seus, sujeitos à administração do marido, o próprio Código Civil supõe a promoção, pela mulher, dos meios assecuratórios e das ações que lhe competirem contra o marido (art. 248, VI), Dir-se-ia que não era ela dispensada do assentimento marital quando tais meios e tais ações não fossem contra o marido. E

sempre perigoso o argumento a *contrario* sensu. Mas na espécie, o marido descura da administração dos bens da mulher, ou do dote, e a lei civil permite que ela proponha os meios assecuratórios e as ações que contra esse lhe competirem; claro éque, a *forno* ri, lhe reconhece a defesa do que é seu e, entregue à administração do marido, não foi por ele suficientemente protegido.

Se o marido permitia que a mulher pleiteasse acerca de bens móveis comuns, caso em que a propriedade era de ambos, mas o marido, pela

comunhão conjugal, tinha pars in *qualibet minima parte,* não eram vedados à mulher a transação, o compromisso e a confissão. E a razão é simples: em tal sociedade *sul generis,* que é a conjugal, pode qualquer dos comuneiros, que *administra* alienar os bens móveis. E quem pode alienar uma coisa, pode transigir, celebrar compromisso, ou confessar a respeito dessa coisa. Se a mulher confessou, a confissão é eficaz no que não importe alienação de imóveis, ou reconhecimento de direitos reais sobre eles, ou alienação de direitos reais sobre imóveis alheios, e esse éum dos casos de divisibilidade da confissão.

Se houve assentimento especial, além da permissão para litigar que anteriormente à Lei nº 4.121, art. 1ª, IV, se exigia (Código Civil, art. 242, VI), a confissão era eficaz em quaisquer hipóteses: a) quanto aos imóveis comuns, porque a mulher era procuradora bastante do seu marido, e estava em juizo por si e por ele, comuneiros dos bens litigiosos; *b)* quanto a seus imóveis particulares, porque tinha a mulher os dois assentimentos legalmente exigidos: o de ir a juízo civil ou comercial (art. 242, VI): e o de alienar imóveis particulares, gravá-los de ônus real, ou alienar direitos reais sobre imóveis de outrem (art. 242,11 e IIII). O

Tribunal de Apelação de São Paulo (3ª Câmara, 4 de fevereiro de 1938, RT 112/96) entendeu que a mulher não é citada, nas ações sobre bens imóveis, para oferecer defesa contra o autor, e sim para evitar que o marido, conluiado com esse, dilapide os bens do casal; e acrescentou o acórdão: "A defesa propriamente dita compete d

somente ao marido, como chefe do casal." Não está certo. O marido não *representa* a mulher, se bem que tenha a "representação legal da família" (art. 233, 1). A mulher é parte nas ações sobre os bens imóveis comuns e parte única nas ações sobre os seus bens. Nas ações sobre os bens particulares do marido é que somente precisa ser citada, se réu o marido, ou assentir, se autor. Tratando-se de bens comuns, ela e o marido são partes, sob pena de não haver contra ela coisa julgada ou de ser alegada a invalidade do processo. O

acórdão confundiu a necessidade de legitimação passiva com a necessidade de assentimento.

14. *Letra de* câmbio e *nota promissória.* Até o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 12, 1, enquanto subsistisse a sociedade conjugal (art. 6ª, III, na antiga redação), as mulheres casadas não podiam obrigar-se em letra de câmbio ou nota promissória, salvo com

o assentimento~o marido, que se dava de acordo com o art. 243, ou o suprimento judicial de que fala o art. 245,11. O assunto da responsabilidade patrimonial do marido é estranho ao direito cambiário: é de direito civil. Os atos da mulher, com assentimento do marido, obrigam os bens do casal, se o regime matrimonial é o da comunhão, ou só os particulares dela, se outro for o regime e o marido não assumir conjuntamente a responsabilidade do ato (art. 253). O simples assentimento não significa que o marido tenha querido responsabilizar-se. Se o regime não é o da comunhão, e há suprimento judicial, os bens da mulher respondem. Se o regime é o da comunhão, somente a parte dela. Na sistemática anterior, se a mulher casada exercia comércio em seu próprio nome, o que exigia — não mais hoje

—assentimento expresso do marido (Código Comercial, art. 1ª, § 42, revogado), ou se era sócia (não comanditária) do comércio do marido, podia obrigar-se cambiariamente, de acordo com o contrato social, ainda que o regime matrimonial de bens fosse o da comunhão universal. Foi isso o que decidiu, em três acórdãos, a 2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 6 de outubro de 1916. A solução era perfeitamente exata, e não se poderia compreender que tal exercicio do comércio, implicitamente permitido, não contivesse, como todo, a parte, que era a permissão para as obrigações cambiárias. Se a mulher era casada e exercia o comércio, sem assentimento do marido, valia a obrigação cambiária, pois que cabia nas suas atividades (Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 21 de junho de 1916, *RI* IV/311): era caso semelhante ao do menor que ocultou a incapacidade; ambos se subsumem na regra de proteção ao tráfego, de que falamos alhures. A justificação disso foi feita no Capítulo sobre capacidade cambiária, no Tratado de Direito *Cambiório.* Na sistemática atual, não sendo comerciante a mulher, ou sendo-o, qualquer que seja o regime de bens do casamento, sem assentimento do marido, pode-se obrigar cambiariamente; fora do direito cambiário, como observado, está o assunto da responsabilidade patrimonial do marido, e nesse sentido, o assentimento dele à assunção da obrigação cambiária da mulher somente será de exigir-se para a vinculação dos bens do casal no regime matrimonial da comunhão (Código Civil, arts. 242, IV, e 253, 1ª

parte). Se, dado que à vinculação cambiária esse assentimento do marido à mulher, ou da mulher ao marido, é inexigível, assentimento não há, há vinculação dela cambiária, ou dele, e somente os bens particulares dela, ou dele, é que se vinculam, salvo, diverso da comunhão o regime dos bens entre os cônjuges, haver o marido, ou a mulher, conjuntamente assumido a responsabilidade do ato. *A fortiori,*

para a manutenção da família, pois, com o apagamento da incapacidade relativa da mulher casada, ficou sem pertinência o discrime do que, na compra dos gêneros, constitui o negócio concreto, e obrigação abstrata do titulo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de março de 1931). O assentimento, se exigível, há de ser inequívoco (Superior Tribunal de Justiça do Paraná, 20 de dezembro de 1930). Dentro do art. 247 1, já no direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 art. 1ª, 1, podia a mulher aceitar duplicata mercantil.

15.

Trânsito em julgado da sentença *que dissolve* o casamento. A dissolução da sociedade conjugal, em vidude da sentença de separação judicial, somente se estabelece, quer ela tenha sido consensual (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 8 de julho de 1930), quer tenha sido litigiosa, após *o trânsito em julgado.* Enquanto isso não acontece, é indispensável o assentimento exigível. Todavia, se a mulher, ao assumir a obrigação cambiária em letra de câmbio, ou em nota promissória, se disse com o assentimento do marido (art. 242, IV), ou, ainda, se disse ser separada judicialmente, obriga-se por seu ato, cambiaríamente, pelo princípio geral de direito cambiário, a que alhures nos temos referido. Quanto aos bens comuns, a execução obedece aos mesmos princípios que regulam a execução das obrigações resultantes de atos ilícitos.

16. *Dupla* assinatura de atos de obrigação. Se o marido assinou simultaneamente com a mulher, ou após a assinatura por ela, como se ambos criaram a letra de câmbio ou a nota promissória, ou ambos a endossaram, ou ambos a avalizaram, ou o marido avalizou a firma da mulher (1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de outubro de 1912), ou se o marido endossou o titulo criado pela mulher, entende-se que ele deu assentimento a contrair a obrigação cambiária. Não assim se a assinatura dele é anterior á assinatura da mulher, porque, então, não conhecia ele o ato que ela, depois, praticou, como se, criado pelo marido o título, a mulher o endossou. Em todo o caso, se a mulher apõe a sua assinatura após a do marido, com data comum, de modo que a aparência cambiária seja a da simultaneidade de lançamento, considera-se com suficiente d

assentimento. No direito civil, a mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos

inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto de seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos nº III e IIII, do art. 242. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens referidos pelas dividas do marido, exceto as contraídas em benefício da família (art. 246). Não há, porém, nenhum princípio geral de direito cambiário que se possa tirar de tal regra jurídica.

17.

A situação da mulher casada no direito cambiário. A respeito das notas promissórias como das letras de câmbio, a mulher casada fica na situação em que ficaria o marido, nos casos seguintes: quando é curadora do marido, ou por interdição desse, ou quando esse foi julgado ausente em lugar remoto e não-sabido, ou está em cárcere por mais de dois anos (art. 251). O assunto da comunicação, ou não-comunicação, das obrigações cambiárias, anteriores ou não ao casamento é estranho ao direito cambiário, — é de direito civil. Nesse terreno, tudo depende do direito civil, que há de ser consultado, ainda que, segundo os princípios do direito internacional privado, esse direito seja estrangeiro. Sob o direito anterior, ineficaz a declaração cambiária da mulher casada, se vinha a separar-se judicialmente, ou se a sociedade conjugal por outro motivo se dissolvesse, a obrigação ineficazmente assumida não se convalídaria. Todavia, se ato positivo ou omissão da mulher viesse a prestigiar a aparência de capacidade, dar-se-ia *vontade cambiaríamente suficiente,* segundo os princípios. O casamento da mulher aos dezesseis anos tem efeito de venia aetatis. Se ela enviúva, antes de atingir os vinte e um anos, não volve à incapacidade, e é lamentável que, na doutrina brasileira, tenha havido quem, sem prestar atenção aos princípios do direito civil, afirmasse o contrário.

18. Fiança *e aval.* No tocante a pessoas casadas, o Código Civil brasileiro (art. 235, IIII) proibe ao marido prestar fiança, qualquer que seja o regime de bens, sem o assentimento da mulher. Outrossim, veda-se à mulher contrair cedas obrigações. Desde logo digamos que não se trata de regras de capacidade. O homem casado, que avalizou, ocultando a sua qualidade de casado, é obrigado cambiário. Os principios do direito cambiário impõem tal solução. Não se poderia

cogitar de exceção de erro de direito; nem, ainda quando se conceituasse (erradamente) como de capacidade a regra do art. 235,111, do Código Civil, estaria isento de responsabilidade. Se, com a assunção de tal obrigação cambiária, o marido obriga os bens da mulher, isto é, a parte da mulher nos bens comuns, éoutra questão, cuja solução não pertence, de modo nenhum, ao direito cambiário. (Claro que estamos a raciocinar com a hipótese de estar de boa-fé o possuidor da nota promissória.) Se o homem casado avalizou a nota promissória, dizendo-se casado e com o assentimento da mulher, sem no ter, também se obrigou cambiariamente, em virtude do principio de direito cambiário no qual se subsume a regra da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 46. Se a obrigação de tal marido obriga os bens ou a parte indivisa da mulher, é questão que tem de ser resolvida dentro do direito civil, e nada há com ela o direito cambiário.

Ao comentar o art. 235,111, Cândido de Oliveira *(Manual,* V, 290 s.) pretendeu que o Código Civil somente exigia a outorga uxória para a fiança se a execução viesse a recair sobre bens imóveis. Seria absurdo exigir para a composição de pressuposto de validade fato posterior, eventual, ao negócio jurídico. Não pode ser admitido e não no foi (e.g., Supremo Tribunal Federal, 16 de dezembro de 1942, *RT* 151/357; 14i4e abril de 1947, *RF* 118/ 422, *Ai* 82/137; 1ª Turma, 5 de maio de 1944, RT 104/485). A sanção é a anulabilidade, e não a nulidade (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 5 de maio de 1944, *RF* 104/485; 44 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10 de novembro de 1944, 102/272; sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 4

de maio de 1939, que afirmou ser caso de nulidade, com a ressalva de voto de Laudo de Camargo e Costa Manso). Disse a 44 Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 10 de novembro de 1944 *(RT*

102/272): „Sendo a nulidade dos atos do marido, praticados sem a intervenção da mulher, de caráter meramente relativo, só esta ou seus herdeiros podem demandá-la (art. 239 do Código Civil). É indiscutivel que a mulher, a todo o tempo, pode sanar a falta, ratificando o ato, ou deixando prescrever o direito de anular a fiança (art. 178, § 9ª, nº 1, a), do Código Civil). Se a fiança fosse nula, não podia ser ratificada ou prescrito o direito de sua anulabilidade." Em vez de construir a espécie de ineficácia relativa, o legislador criou direito regressivo cQntra o marido e seus herdeiros, de modo que, anulada a fiança, ação da mulher ou seus herdeiros, nasce esse direito contra e seus herdeiros. Praticamente, os efeitos são os que eficácia relativa, mas a

ineficácia relativa operaria *ipso* a anulabilidade, com surgimento de direito regressivo, não. gwarido não é legitimado à ação de anulação; só a mulher e os herdeiros. Se não o alega, sofre a mulher a execuçao. Se vem contra bens comuns a execução, a mulher pode alegar, na defesa, a anulabilidade e assim se afasta a execução (Câmaras Conjuntas de Agravos do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 17 de outubro de 1938, *RT*

122/261: "O Código Civil, no seu art. 235, IIII, veda expressamente ao marido, qualquer que seja o regime de bens, prestar fiança, sem o consentimento da mulher. Se o fizer, portanto, o seu ato é anulável pela mulher, ou d

pelos seus herdeiros (art. 239), mesmo depois da dissolução da sociedade conjugal, dentro ainda do prazo de quatro anos (art. 178, § 9ª, nº 1, letra *li)*. E, para essa anulação, não é preciso ação própria, porque já se admite que o seja em defesa na ação proposta contra o casal, como até em execução da sentença, proferida na ação sumária contra o fiador. Não se argumente com o art. 263, nº X, do Código Civil, porque ele deve ser entendido de acordo com os arts. 235 e 239, e com os princípios gerais de direito, de que se originaram esses preceitos legais. Vedando ao marido, qualquer . que seja o regime de bens, praticar determinados atos, sem o consentimento de sua mulher, visou a lei, não há dúvida, garantir o patrimônio da família, cuja situação econômica pode ser prejudicada com a prática desses atos. Dai querer o Código que a mulher intervenha neles, contribuindo com a sua fiscalização, a fim de evitar, justamente, consequências danosas à família. O

dispositivo do art. 263, nº X, portanto, não está em contradição com o do art. 235, nº IIII; deve ser tido como um reforço de garantia dado à mulher. A nulidade da fiança deve, assim, ser amplamente concedida, a fim de que não fiquem responsáveis pela fiança, não só os bens do casal, inclusive a meação do marido, como também os bens próprios deste."). Nasce ao credor o direito regressivo contra o marido ou seus herdeiros, como divida do marido, incomunicável. Por isso, enquanto subsiste a comunhão de bens, não pode ser executada a meação do marido (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de março de 1941, *RT*

135/143). O que pode fazer o que invocou a fiança é, após a decretação da anulação, quando lhe nasce o direito regressivo, ir contra o marido, como titular de dívida regida pelo art. 255 e pelo parágrafo único. Não há cobrar-lhe pelos bens comuns a dívida

oriunda da fiança (Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de agosto de 1941, *RT* 142/247), salvo se, na ação que venha a propor, o autor alega e prova que houve enriquecimento do casal, o que é difícil ocorrer em se tratando de fiança. Se a mulher não propõe a ação de anulação, ainda em defesa, a execução prossegue, porque não pode decretar anulação, de ofício, o juiz.

O

assentimento da mulher há de ser expresso. Não bastam poderes gerais de administração, nem os de alienar e gravar bens do casal (34 Câmara do TribuRal de Apelação de São Paulo, 31 de maio de 1938, *RT*

114/158). Não se distinguem a fiança civil e a comercial (4ª Câmara, 20 de abril de 1938, 114/185).

19.

Vontade cambiariamente suficiente. E, porém, questão de direito cambiário a de se saber se a mulhtr, naqueles dois casos, *também* se obrigou. Para responder-se, tem-se de perguntar, antes, se houve vontade cambiariamente suficiente da mulher Se a mulher, na segunda hipótese (que é a do marido que se disse casado e com o assentimento da mulher, sem no ter), concorreu para que a aparência cambiária, ou se do aval veio a saber, sem providenciar para que aparência juridica não induzisse o público, o *alter,* a crer na legitimidade do aval, é como se tivesse dado o assentimento. Até aí pode ir o direito cambiário. Se a mulher, cujo marido, ocultando a sua qualidade de casado, se vinculou por aval, conheceu do ato ou veio a dele ter notícia, não é obrigada a avisar o público, porque foi o marido que ocultou o seu estado civil, e na aparência do titulo nenhuma referência se faz a qualquer assentirnento da mulher A generalidade não poderia pretender que a mulher, com seu silêncio, cambiariamente se vinculasse. Cumpre advertir-se em que, ainda quando se dê, nas espécies acima referidas, a vinculação da mulher, o possuidor de má-fé tem contra si as objeções. Quanto ao ônus da prova, o marido, que se diz com assentimento, tem na ação cambiária de provar o assentimento uxório, e o autor da ação, que pretende se haja vinculado, cambiariamente, a mulher do avalista, cujo nome não figura no título, tem o ônus de provar que ela se vinculou por omissão ou ratificação expressa. Tudo que acima se disse só tem aplicação útil no caso de comunhão de bens, porque, em qualquer outro regime

matrimonial, a omissão dela ou a ratificação do ato do marido só teria o efeito de confirmar o ato do marido, e não o de vinculála cambiariamente.

20.

Marido que deu aval dizendo-se casado *mas* sem *apresentar o* assentimento *uxório.* Resta hipótese à parte, que é a do marido que avalizou, dizendo-se casado, mas sem se referir ao assentimento da mulher e sem no ter. O problema há de ser resolvido de modo radical: ou se presume que os maridos não podem avalizar, porque essa é a regra do Código Civil brasileiro, interpretando-se que a expressão aval se subsume na expressão fiança, ou se há de entender que o aval não está compreendido na fiança, a que se refere o art. 235, IIII, do Código Civil, ou que, sem se saber qual a nacionalidade que dá o estatuto, vale o aval. O aval, em verdade, vale, porque aval não é fiança. Se vale o aval, isso não quer dizer que se possam executar os bens em que tem parte indivisa a mulher. A mulher nada tem com a obrigação assumida pelo marido. Dir-se-á que as dificuldades têm de ser resolvidas no terreno do direito civil, ao qual o mesmíssimo problema se apresenta quanto à execução das obrigações do marido, provenientes de atos ilícitos O direito cambiário nada tem a ver com tal terreno. (E pena que alguns julgados, pela tendência ao corte liminar das questões, em fórmulas simplistas, afirmem que o aval é nulo se a mulher não concordou, o que constitui não só solução errada, como solução que borra todas as questões e como que desconhece todos os argumentos a favor e contra cada uma das soluções apresentadas. São exemplos de tão lamentável expediente os acórdãos da 5ª Câmara, de 5 de d

julho de 1934, e das 5ª e Câmaras Conjuntas da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 1ª de novembro do mesmo ano.)

§ *856.* Atos que a mulher, só por si, pode praticar 1.

Razões de ordem social *para* as *limitações* à *situação da mulher casada: atos que* não *sofrem limitações* (Código *Civil,* art. *248, regra exemplificativa).* Por isso que as limitações ásituação da mulher são criação do direito, sem outra razão que a ordem social, a comunidade de vida, para muitos atos jurídicos nenhuma limitação se lhe cria á

atividade. O princípio, portanto, é o de que lhe é dado praticar todos os atos, judiciais ou extra-judiciais, para os quais não se tenha exigido assentimento marital. Entendeu o Código Civil exemplificar esses atos, e é de grande importância frisar-se que o art. 242 é taxativo, ao passo que exemplificativo o art. 248. Assim, estatuiu, sem exaustividade. o art. 248: "A mulher casada pode livremente: 1 - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas *e* os bens dos filhos de leito anterior (art. 393). li -

Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, nº 1). IIII - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infraçâS do disposto nos nº" IIII *e* IV do art. 235. IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177)." Parágrafo único: "Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato." „V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis. VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe cometirem. VIII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei. VIIII - Propor a separação judicial e o divórcio". No art. 248,

"imóveis do casal" são os constantes do registro de imóveis como do marido, mas pertencentes ao casal.

2. *Filhos de leito anterior.* "Leito anterior" está, no art. 248, 1, como relações sexuais conjugais, de união estável, ou de simples união passageira. Desde que se trate de filhos reconhecidos, tem a mulher, que se casou com outra pessoa que o pai de tais filhos, o exercício dos direitos, que lhe competirem, sobre tais filhos. O art.

393 com a redação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. V, XIII, diz que a mãe, contraindo novas núpcias, não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder. Sob o regime anterior ao Estatuto da Mulher Casada, perdia-o. E o art. 393 devia ser interpretado em concordância com o que estatuía o art. 328 acerca da proteção da pessoa dos filhos nas hipóteses de anulação de casamento. Sobre se a mãe que perdia o pátrio poder podia ser tutora, esclareceremos no Capítulo sobre tutela, bem como, no Capítulo sobre pátrio poder, se a mãe, a que se referia o art. 393, era binuba, ou

também a que, tendo filhos naturais, contraía casamento com outra pessoa que o pai deles. Em qualquer hipótese em que a mulher, que se casava, levava consigo filhos, o fato do casamento só a privava dos direitos que decorriam de regras insertas noutros Capítulos do Direito de Família.

3. Novas *núpcias* e *viuvez.* Quanto ao art. 248, 1, duas regras juridicas têm de ser lembradas: a) "A mãe, que contrai novas núpcias, não perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido (art. 393); no direito anterior perdia-os, mas, enviuvando, os recuperava; *b)* "A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou *o* padrasto, não os trata convenientemente (arts. 248, nº 1, e 393)" (art. 329).

4.

Ações da mulher para reivindicar ou desobrigar bens imóveis do casal. O art. 248, III, reporta-se às ações da mulher para desobrigar, ou reivindicar os imóveis do casal, que o marido tenha gravado ou alienado, sem a sua outorga ou o suprimento do juiz. Desde logo ressalta que o texto não se referiu, como devera, às ações para desobrigar ou reivindicar os imóveis particulares do marido, que esse tenha gravado ou alienado, sem a sua outorga ou o suprimento do juiz. A doutrina e a jurisprudência assentes são as que, a despeito do art. 242, 11 e IIII, que parece criar diferença entre as limitações feitas ao marido e as limitações feitas à mulher, lêem o art. 235, 1, como se houvesse adotado exigência do assentimento uxório, para quaisquer alienações de bens imóveis, ou de direitos reais sobre móveis alheios, ou hipotecas e outros gravames *de* ônus real. Temos, assim, que a mulher não precisa de assentimento marital quando o marido infringiu, a respeito de imóveis, as regras jurídicas que exigem assentimento da mulher

d

Se o marido, tendo a administração dos bens da mulher, ou não na tendo, aliena ou obriga bens particulares dela, também não precisa a mulher de assentimento marital para as ações que tenham por fito a

ineficácia, ou a anulação, a reivindicação, ou o desobrigamento dos seus bens, ou dos seus direitos reais, mas, em tais casos, a ação é de direito civil comum, e não de direito de família.

É de notar-se que o art. 248 não é taxativo, conforme a jurisprudência, firmada na 1ª edição *do Tratado de Direito de Família,* pôs por assente.

5.

Fianças e *doações proibidas ao marido.* No art. 248, IIII, reconhece-se à mulher qualquer ação para anular as fianças ou doações, feitas pelo marido, com infração do estatuido nos incs. IIII e IV do art. 235. O

inc. 111 reporta-se à fiança, sendo de observar-se que, ainda não proposta a ação de anulação, a obrigação oriunda da fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher não se comunica (art. 263, X), o que estabelece, a favor da mulher, *exceção,* subordinada, todavia, a cessar ao completar-se o prazo prescricional do art. 178, § 99, 1, *b),* a que alude o art. 263, X. O inc. IV do art. 235 fala de doação, que se veda ao marido, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, quando feita com os bens ou rendimentos comuns. Escapou ao legislador que há outros casos de pretensão e de ação da mulher no tocante a doações feitas pelo marido.

Assim, pode exigir que se imputem no quinhão do marido, ou dos seus herdeiros, as doações avultadas que tenha feito sem sua outorga (Trigo de Loureiro, *Instituições,* 1, 111); permite-se-lhe pedir que se imputem nas legítimas dos filhos favorecidos as doações ou dotes nupciais, que o pai lhes tenha feito, com ou sem o seu assentimento; e é-lhe dado reaver para a comunhão o que exceder à parte que o marido poderia testar no momento da liberalidade, ou para si, diretamente, o que tiver atingido a sua meação, ou os seus bens particulares.

Quanto á fiança, não foi feliz o legislador quando, no art. 235, IIII, proibiu ao marido prestá-la sem assentimento uxório, e falou, no art. 248,IIII, da ação da mulher para a anular *e,* no art. 263, 1(, estatuiu a sua incomunicabilidade. Pergunta-se: se a mulher não propôs a ação, comunica-se a fiança? Não. Se a mulher propôs a, açao, jé como se a fiança não tivesse existido em relação ao marido? Não se dá a comunicação, mas o marido fica obrigado por seus bens particulares, o que não tem sido atendido pela dóutrina, a despeito do claro principio

do art. 255. Também pelos bens comuns, se de boa-fé o terceiro, na razão do proveito que lucrou o casal. De qualquer modo, se o marido tem bens particulares, obrigado fica, apesar da anulação da fiança.

6. Ações *quanto aos bens que o marido transferiu à concubina. No*.art. 248, IV, diz-se que a mulher não precisa de assentimento ou transferidos pelo marido à concubina. ~Por que haveria o 1 para reivindicar os bens comuns móveis, ou imóveis, doador de aludir a bens comuns se são também anuláveis as doações feitas pelo marido à concubina com bens particulares seus?- Desatenção na redação dos artigos, tanto mais quanto nedistinção se faz nos arts. 178, § 7", 1 e VI, e 1.177. A expressão "comuns", no art. 248, IV, é de considerar-se nãoescrita (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 66; Almeida *e* Sousa, Notas d *e* Uso *Prático,* III, 441; Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 208: "... Fallit tamen primo in bonis a marito.

concubinae donatis, quae uxor ab illa retraxerit"). O direito de reivindicação existe, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda e compra ou em qualqueir outro contrato.

Cessa, se estão separados judicialmente os cônjuges. A política da lei é a de fazer anulável qualquer transação do marido com a concubina, e dar à mulher o direito de reivindicar os bens, qualquer que tenha sido o caráter da cessão, título sive oneroso *sive gratuito* (Massé e Vergé, nota a Zachariae, *Le Droit civil* français, 1, 446).

A expressão "concubina", usada no art. 248, IV, não foi no sentido de mulher com quem se está em concubinato, e sim no de cúmplice de adultério, pois que esse é o conceito explícito no art. 1.177, onde se diz, com relação a ambos os cônjuges, que a doação do cônjuge adúltero "ao seu cúmplice", portanto haja, ou não, concubinato, pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois~ de dissolvida a sociedade conjugal. O mesmo conceito consta do art. 178, § 7, VI. Essa interpretação, que sustentamos no *Tratado de Direito de Família,* teve contra si a opinião de Clovis BevIIIacqua, que, demasiadamente atento à incidência da elaboração parlamentar (Projeto revisto, art. 317, IV), viu no art. 248, IV, quebra da nossa tradição.

Seria contra o sistema do Código que a mulher somente pudesse obstar às consequências das liberalidades do marido, com os bens particulares, ou com os bens comuns, existindo concubinato. As

Ordenações Pilipinas falavam de “berregã“, ou de qualquer outra mulher, “com que tenha carnºI afeição”. E verdade que Coelho da Rocha e Teixeira de Freitas também usaram da expressão “concubina”. Ma ai está uma prova, contra Clovis d

Bevilacqua, de que, no regime do direito luso-brasileiro, já se empregava o termo como compreensivo da barregá e de qualquer outra mulher com quem o marido tenha relações carnais. Por outro lado, Clovis Bevilacqua recorreu a elementos dos trabalhos parlamentares, contra os princípios assentes de método de interpretação, antes de consultar a sistemática do Código Civil e os seus outros artigos. Há dois, como vimos, que bastam para nos esclarecer, e a anulabilidade, com caráter simétrico (cônjuge, e não só marido; cúmplice, e não só concubina), mostra que a limitação á concubina discreparia do clima moral do Código Civil. A nossa opinião foi a que prevaleceu.

O direito, que assiste à mulher, de reivindicar bens vendidos ou doados, qualquer que seja a espécie do contrato, ou de ato jurídico, pelo marido (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 1874, *Gi* 111/78; Superior Tribunal de Justiça de Alagoas, 18 de agosto de 1899, *e* 9 de março de 1900, *RJ* IX! 153; Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal 7 de janeiro de 1926, *RD* 81/577; Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 3 de janeiro de 1935, *J* VI/586), à concubina, apanha, por igual, aqueles bens que a concubina comprou, com dinheiro do marido ou com dinheiro do casal ou com dinheiro da mulher.

Outrossim, se, para a transferência do bem, ou para a aquisição dele por parte da concubina, o marido se disse devedor a ela. Não exclui o direito da mulher o ter o marido de pagar a indenização devida à concubina, que deflorou (Relação de Minas Gerais, 30 de novembro de 1880, OD 24/413). Nesse caso, reivindicam-se os bens, e o marido paga a dívida *ex delicto,* que é incomunicável.

A reivindicação vai contra a concubina, provado que o dinheiro era do marido (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de agosto de 1946, *RT* 164/714, que aliás entrou em apreciaçáo, contra os princípios, da moralidade da autora para negar a reivindicação: faltou-lhe cognição de causas de separação judicial). Absurda a decisão da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 31 de agosto de 1942

(144/315), que disse só se reivindicar o preço doado (!), e não a coisa comprada com ele (?!).

7.

O *art. 248,* V *do Código Civil.* No art. 248, V, estatui o Código Civil que a mulher pode dispor dos bens adquiridos na conformidade do art. 248, IV, e de quaisquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo imóveis. Já em 1917, chamávamos a atenção para que o legislador encambulhara no mesmo inciso, duas proposições sem grande parentesco: *a)* Pode a mulher dispor, livremente, dos bens, móveis ou imóveis, que o marido haja doado à concubina, e que a mulher reivindicou.

Trata-se de penalidade imposta ao marido pelas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 66, e de que dão notícia e fundamentos os escritores portugueses do século XVIII (e.g., Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 208). *b)* Pode a mulher alienar os bens móveis, se os possuir livres da administração do marido, isto é, se o regime é o da separação, ou se são parafernais e próprios os bens, ou, nos demais regimes, se tais bens são incomunicáveis. As doações de móveis, remuneratórias ou não, são possíveis. Clovis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* III, 147; conosco, Virgílio de Sá Pereira, *Direito de Família,* 119, nota 83) discordou da nossa interpretação, pretendendo que houve alteração na tradição do nosso direito. Mais uma vez, havendo dúvida quanto à inteligência de um texto, digamos ao seu entendimento gramatical, Bevilacqua optara pela solução que contraria a linha do desenvolvimento histórico do nosso direito. Nada o justifica, em qualquer escola de exploração exegética da lei. Se dúvida existe, nada se mudou. Em verdade, todavia, não há qualquer vacilação possível. O art. 248, V, possuia uma vírgula, que ai não fora posta por acaso, nem se compreende que na leitura de regra legal, se tenham por metidos à aventura os sinais de pontuação. Quem quer que analisasse o texto (“dispo~ dos bens adquiridos na conformidade do número anterior, e de quaisquer outros que possua livres da administração do marido não sendo imóveis”), veria que a proposição inserta em primeiro lugar era completamente independente da segunda proposição. É a função mesma da vírgula. Vírgulas não se põem antes de conjunções senão quando têm por fito acentuar que a primeira proposição consfilui todo à parte. Dúvida haveria se a vírgula não aparecesse; mas, ainda nessa hipótese, que é a que se verifica no Código Civil, com atual redação do art. 248, V (“dispor dos bens

adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros bens que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis") haveríamos e havemos de supor que o direito continuou a ser como era. Não se presumem mudanças.

8.

Dote e bens sujeitos à administração do marido. No art. 248, VI, diz-se que pode a mulher promover, sem qualquer assentimento marital, os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote, ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra esse lhe competirem. Os bens referidos são os seguintes: *a)*

os declarados incomunicáveis, mesmo na comunhão universal (art. 263); *b)* na comunhão parcial, os bens que cada cônjuge possua ao casar, e os que lhes sobrevenham, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão, e os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos d

bens particulares, e, bem assim, os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em decorrência do pátrio poder (art. 269). No regime de separação, a administração dos bens da mulher compete a ela. Quanto ao dote e aos bens parafernais incomunicáveis, veja-se o Capítulo respectivo. Quando o art. 248, VI, fala do que, contra o marido ("contra este"), lhe competir, não se reporta aos meios assecuratórios, mas, tão-só, às ações que passa a enumerar. Os meios assecuratórios podem ser aqueles em que o legitimado passivo é o marido, como aqueles em que o legitimado passivo é outra pessoa.

Aliás, tudo isso é sem importância prática, porque, contra o marido, ou em caso de negligência do marido, a mulher, para sua defesa, não precisa de assentimento marital.

9.

Ação de nulidade ou de anulação do casamento. Antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art.

1ª, VI, no art. 248, VIII, reconhecia expressamente a plena faculdade da mulher quanto à propositura da ação de nulidade ou de anulação

do casamento. Na redação atual, no art. 248, VIII, reconhece-se a plena faculdade da mulher quanto à prática de "quaisquer outros atos não vedados por lei". "Anulatória", dizia-se, mas, evidentemente, abrangia os dois casos. Nem seria de admitir-se que, para a ação tendente àsentença da nulidade ou de anulação do casamento, ficasse um cônjuge dependente do outro. Após isso, falava o art. 248, VIII e IX, da ação de desquite e da ação de alimentos, quando couberem à mulher, enquanto hoje o art. 248, VIIII, fala da ação de separação judicial e da ação de divórcio. A ação de separação judicial e de divórcio também se exercem contra o marido, a exemplo da ação de alimentos, em alguns casos. Melhor técnica revelavam os juristas anteriores ao Código Civil, que costumavam resumir numa só as diferentes situações judiciais da mulher para com o marido, e diziam (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* 1, 97 s.; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 80): "quando têm de acionar o próprio marido".

10.

Testamento e *disposições de última vontade.* No art. 248, na redação anterior ao Estatuto da Mulher Casada, consignava-se à mulher a faculdade de fazer testamento ou disposições de última vontade, o que se subsume na atual regra jurídica do art. 248, VIII, em que se consigna à mulher a faculdade de praticar "quaisquer outros atos não vedados por lei". A mulher pode testar, porque o testamento só tem efeito após a mode.

Já então não há interesse social em submetê-la a regras de divisão de trabalho, a cuja observância deve a família o seu estabelecimento sobre bases sólidas. Não somente é válido o testamento, como também quaisquer outras declarações de última vontade, inclusive ruptura, rompimento, invalidação, cancelamento e revogação.

11.

Casos que escaparam ao art. 248 do Código Civil. A enumeração exemplificativa do art. 248 muitos casos, de igual relevância, escaparam. Entre outros, pode a mulher: 1 - Continuar processo iniciado antes do casamento (Código Civil alemão, § 1.407, hoje revogado; *aliter,* Morais Carvalho,~Praxe *Forense,* ed. de 1910, 39), salvo disposição contrária no pacto antenupcial, ou prova de que o marido se opunha antes de contraído o matrimônio, ou de que ignorava a existência de tal processo. III - Exercer quaisquer atos, que

sejam ligados à aceitação de herança, ou legados, se o marido assentiu em que aceitasse a sucessão. (Inclusive venda; cf. Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 208: “Fallit secundo in his, quae praecepto, testatoris relinquentis uxor alienare iussa est”; Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* III, 436:

“Se um testador, deixando alguns bens à mulher casada, lhe manda que ela os venda, pois os pode vender independente do marido pela razão de que tal alienação *não se atribui àmulher,* que a faz como executora do preceito, mas ao testador que a mandou fazer.”). IIII - Promover o julgamento de ausência ou interdição do marido (art. 447, 1). IV - Praticar quaisquer atos conservatórias de direitos (Massé e Vergé, nota a Zachariae, Le *Droit Civil Français,* 1, 236), coma, por exemplo, requerer o registro da hipoteca legal que lhe compete pelo dote, sobre os imóveis do marido. V - Adquirir a título gratuito, salvo herança ou legado. O Código Civil não proibiu à mulher receber ou aceitar doações, desde que não importem em obrigações capazes de provocar alheação dos bens do casal. Não tem aplicação em nosso direito a regra francesa de que precisa a mulher de assentimento para adquirir a título gratuito, isto é, quando seja imoral o fim ou inconfessável a razão do beneficia, salvo se incide o art. 145, III. VI - Litigar em juízo criminal. O art. 242, VI, só exigia assentimento marital para litigar em juízo civil ou comercial. Revogado o nº VI do art. 242. a mulher, hoje, so necessitará desse assentimento do marido para propor, no juízo cível, ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

No pólo passivo, ela há de figurar com o marido em litisconsórcia necessário nas ações que se refere o Código de Processo Civil, art. 10, § 1ª: “1 - que versem sobre direitos reais imobiliárias; III - resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges au de atos praticados por eles; IIII - fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre a produto do trabalho da mulher ou as seus bens reservados; IV - que tenham por objeto a reconhecimenta, a constituição au a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cónjuges. No § 2ª diz o art. 10 da Código de Processo Civil: “Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou da réu somente é indispensável nos casos de camposse ou de ato por ambos praticados.” Vil - Opor-se com embargos de terceira por seus imóveis dotais, quando estiver d

sendo executado o marido (Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre* Processo *Civil,* cd. de 1863, IIII, 99).

VIIII - Opor-se com embargos de terceira, pedindo separação do dote, para o que deve preceder sentença contra o marido (arg. à L. 1, § 14, D., de *separationibus,* 42, 6, e ao art. 309, parágrafo único, do Código Civil), averbada, pelo oficial do registro de imóveis da domicílio dos cônjuges, no livra destinado ao registro das convenções antenupciais (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 178, V). IX - Como credora de hipoteca legal, protestar pela preferência (Miguel de Reinoso, *Obseruationes Practicae,* 422). X - Reconhecer filho havido fora do casamento. XI - Praticar os atos inerentes ou conseqíÁentes ao exercício da tutoria, curadoria, ou qualquer outro múnus público, até porque, isto no direito privado anterior à Lei nº 4.121, de 27

de agosto de 1962, art. 1ª, IV, teria então o marido assentido na aceitação do encargo. XIII - Exercer os direitos públicos subjetivos, tais como alistar-se, votar, aceitar cargo eletivo. XIIII - Receber pensão, meio-soldo, ou montepio, a que tenha direito, pois que se trata de bem excluído da comunhão. XIV - Quando separada, de fato, do marido, estar em juízo para se opor à apreensão dos filhos do casal, que se achem em sua companhia, ou pedir a retirada deles, quando não devam ficar com o marido, bem como para a aplicação das medidas judiciais de que cogitam os arts. 394 e 395 do Código Civil. XV - Requerer tutela ou curatela para os filhos ou quaisquer parentes, quando a promoção lhe toque. XVI - Propor as ações que digam respeito à nulidade ou à anulação ou ineficácia de atos do marido, desde que em tal decretação de nulidade, ou em tal anulação, ou ineficácia, tenha interesse, inclusive opor-se, por via de embargos do devedor, quando em causa algum bem seu, poder do ser atacado o ato do marido que motivou a execução, como se o marido agiu com dolo ou simulação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de março de 1922, 24 de abril de 1931). XVIII -

Abrir cadernetas de depósito em bancos ou caixas econômicas, retirando capital depositado, ou juros, se o regulamento dessas não exigir q assentimento do marido. Qualquer que seja o regime de bens do Sasamento, o dinheiro que se acha em mãos da mulher presume-se de propriedade particular dela, razão para que se não exija, com base no direito civil, o assentimento marital para as compras á vista, quaisquer que sejam, arrematações, depósitos bancários, aberturas de cadernetas de capitalização etc.

A mulher casada independe de assentimento do marido para contratar advogado na ação de separação judicial (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de março de 1949, *RT* 181/ 200), nulidade ou anulação de casamento. Se a ação lhe diz especialmente respeito, *e.g.,*

preceito cominatório a propósito de ato seu, é dispensado o assentimento (cf. 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de julho de 1943, 145/125; 2ªCâmara, 11 de março de 1940, 127/127 "Neste executivo cambial, tendo a penhora recaido no imóvel descrito no auto respectivo, a mulher da executado ofereceu embargos, alegando que esse imóvel foi por ela adquirido com o produto exclusivo de seu trabalho, pois há cerca de dez anos que foi abandonada pelo marido, homem desclassificado, vadio, ébrio, sem o menor crédito; que, nessas condições, se trata de dívida simulada, produto de um conluio entre o exeqúente e o executada para se apoderarem do referido imóvel. O

juiz acolheu a defesa. Coma prova da simulação, a que existe nos autos é suficiente. A embargante tinha qualidade para apresentar a defesa, em face da art. 248 do Código Civil, cuja enumeração não é taxativa"; 5ª

Câmara, 15 de outubro de 1950, 178/210). Se é herdeira e inventariante por disposição testamentária, ou por lei, não precisa do assentimento (55 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 16 de junho de 1937, *RT*

110/220: "Administradora dos bens, par disposição testamentária, nada impede que a recorrente, mesmo sem a anuência da marido, de quem se acha separada, exerça, como inventariante, a administração a que tem direito.") Aceitou, portanto tem, para o mais, assentimento au suprimento judicial.

12. *Apela* ção, embargos *de terceiro, recursos.* Quanto aos bens comuns, não é a mulher terceiro; mas é-lhe dado apelar, ou, em geral, recorrer, se a sentença condenou o marido e a ela. Se a execução só se está a fazer contra o marido em bens dela, terceiro e pode embargar como terceiro. Aliás, é indiferente considerála, aí, terceiro, ou parte que não foi citada, porque, de qualquer modo, a sua legitimação passiva está assegurada. De regra, a mulher casada não precisa ser chamada a juízo, nas ações contra o marido. Quando é de mister a sua citação, implicitamente se lhe dá a legitimação passiva, resultante dos principias de direito de família. As vezes, é terceiro, *e.g.,* quando a ação com ela não correu, nem precisava correr, mas a execução apanha bens seus. Outras vezes, é interessado perfeitamente legitimado à alegação da nulidade decorrente da falta de outorga uxória. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de novembro de 1910 *(SPJ* 24/299), negou à mulher casada o direito de apelar da sentença

que condenou o marido em ação contra ele movida, com o fundamento de que mulher meeira não pode ser tida como terceira (?). Sem razão: ou terceiro era, ou interessado no pleito, com o direito de alegar a nulidade dele. Posteriormente, o mesmo Tribunal concedeu à mulher o apelar da sentença proferida contra o marido na ausência desse (lª de setembro de 1916, *RT* 19/143). Ai, ela substitui o marido. Com ausência, ou sem ausência dele, não se lhe pode negar o direito de defender-se quanto aos seus bens, ou quanto aos bens do casal, ou quando o marido não possa, *in casu,* estar em juizo sem assentimento da mulher.

d

§ 857. Mulher que exerce profissão

1. Nâo *há* assentimento *tácito nem verbal;* exceçáo (art. *247, parágrafo único, do Código Civil).* Excetuando o seu sistema de não admitir assentimento tácito, nem, sequer, assentimento verbal, pois que sempre o exige pe3r instrumento público, ou por instrumento particular previamente autenticado, e a própria ratificação é numa dessas duas formas, o Código Civil permitia, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV, que o assentimento, então necessário, para exercício dc profissão, por parte da mulher, fosse *expresso* (escrito), ou *táçito.* Expresso quando lho dava o marido por instrumento públicd, ou por instrumento particular previamente autenticado, *e* nunca por instrumento que nao pudesse ser levada à autenticação, nem, tampouco, verbal, que pudesse provar-se por testemunhas, au confissão do marido, lá-cito, quando a mulher exercia cargo privado, com ciência do marido, desde que, conforme veremos mais adiante, não promovesse esse, imediatamente, a sua oposição à investidura da mulher, ou quando a mulher exerça qualquer profissão, fora do lar conjugal, por mais de seis meses (art. 247, parágrafo único). Não há outros casos de assentimento tácito que aqueles apontados pelo art. 247, parágrafo único. Se a mulher exercia profissão, no lar conjugal, sem assentimento do marido por instrumento público, ou particular previamente autenticado, ou sem a ratificação par uma dessas formas (arts. 243 e 252, parágrafo único), os atos do marido que pudessem ser interpretados como de anuência não valiam como assentimento tácita, e sim como indiciárias de sociedade de fato entre marido e mulher, em virtude da situação

mesma que se criava com a sociedade conjugal. Não se trata de sutileza; trata-se da explicitação dos textos da lei civil, devendo-se pôr de parte doutrina estrangeira, que viria perturbar a construção do Código Civil, em assunto de assentimento marital.

2.

Extensâo do assentimento para o exercício *de profissão.* O assentimento marital que o Código Civil, art. 242, VIII, exigia para exercício de profissão, por parte da mulher, era assentimento para a investidura e para todos os atas que se prendiam ao exercício. Quem diz exercício diz situação duradoura, toda uma série de atas através do tempo e esgalhadas no espaço. Não seria possível exigir-se assentimento marital para a investidura e assentimento marital para cada um dos atos que normalmente coubessem na conceito da profissão, tanto mais quanto cada profissão tem o seu círculo, os seus atos específicos, as suas obrigações e as suas responsabilidades regidas por diferentes ramos do direito, sujeitos a transformações que não coincidem com as transformações do direito civil. Entende-se o que dissemos quer com a profissão lucrativa, quer com a profissão que não desse lucros, tal coma ocorre com as senhoras que se dedicam a determinadas profissões com intuitos humanitários, ou patrióticos. Se a profissão não era lucrativa, o assentimento do marido expresso (art. 243), ou tácito (art. 247, parágrafo único), tinha a consequência de permitir-lhé a prática de quaisquer atos que estivessem dentro da conceito da obra humanitária, ou patriótica, a que se destinava a atividade da mulher. As responsabilidades pecuniárias, que dai decorriam, regi am-se pelos princípios gerais de direito de família. No direito atual, *se* a profissão é lucrativa, estatui o Código Civil no art. 246: “A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente, com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos nº III e IIII, do art. 242. E no parágrafo único: “Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo, pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em beneficio da família.“ Não importa saber-se se é intelectual, ou corporal, o trabalho da mulher, se ela exerce na cidade, ou no campo, a profissão, se a atividade é continua, ou descontínua, com caráter de permanência, ou ocasional. Tampouco, seria de admitir-se qualquer distinção de classe social, ou de situação econômica. No direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de

1962, art. 1ª, IV, só se excluiam da sistemática do art. 246, na redação que tinha ("A mulher, que exercer profissão lucrativa, terá direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor, livremente, do produto de seu trabalho."), as profissões ilícitas, porque, a respeito delas, o próprio assentimento marital era nulo, pela ilicitude do objeto.

3.

Profissão lucrativa, prol issão não-lucrativa. Procurou-se ver no antigo art. 246 regra jurídica,somente alusiva à profissão lucrativa exercida pela mulher, independentemente do marido. Tal interpretação era improcedente. A mulher podia exercer profissão lucrativa, em separado dos negócios do marido, ou em sociedade com ele, de direito ou de fato, e, em qualquer dos dois casos, uma vez que tivesse havido assentimento, ou que a lei entendesse que dele se devia considerar munida a mulhei (art. 247, parágrafo único), tinha ela direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor livremente do produto do seu trabalho. É verdade que às vezes a mulher apenas auxilia o trabalha do marido; está, no seu estabelecimento comercial, ou industrial, ou no seu escritório de profissão liberal, ou, até, na d

repartição pública, não como sócia, ainda de fato, mas, tão-só, como a mulher daquele que trabalha, sem remuneração que possa considerar-se distinta dos proventos que lhe dá a situação de mulher casada. Ai, a prática dos atos inerentes ao serviço dependia dos principios gerais de direito de família e das regras especiais ao serviço. Não cabia pensar-se em defesa da mulher, que não fosse a regida pelo direito de família, nem havia, separadamente, um "produto de seu trabalho", de que pudesse dispor livremente. Um exemplo: a mulher de um Ministro de Estado, que, sem fazer parte oficialmente do seu gabinete, o ajudasse no expediente e no estudo das questões. Era secretária particular, porém não se desprendia dos princípios de direito de família. Para que se desprendesse, seria de mister a caracterização da situação de *profissão distinta,*

— e a ela, hoje, faz expressa referência o art. 246, *pr.* — , de algo que coincidisse ser exercido pela mulher, mas que poderia ser exercido por outrem e, além disso, não ter razão e caráter de serviço obsequial matrimonial. Então, seria secretária particular regida pelo direito das obrigações; ou, se o regulamento previsse o secretário particular do

Ministro de Estado, secretária particular regida pelo direito administrativo.

A parte final do art. 246 do Código Civil, na redação anterior à conferida pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, V, era de maior relevância da que se pensava. Até ele, como, na Suíça, até o fim do século, e, na Bélgica, até 1900, o marido podia dispor dos ordenados e mais produtos do trabalho da mulher. Foi a Lei genebresa de 7 de novembro de 1894 que inaugurou a nova legislação.

4. Atos *inerentes á profissão.* Os atos inerentes ao exercício de uma profissão não podem ser, *a priori,* apontados. Cada profissão possui o conjunto dos atos inerentes, alguns da vida diária da profissão, outros derivados das circunstâncias extraordinárias, ou de regras de direito público. Para todos, era premunida a mulher que exercia profissão, lucrativa ou não, desde que houvesse o assentimento para a investidura. Dentre os atos, inerentes à profissão, que a mulher podia praticar, estava o de litigar, como autora ou ré, assistente ou opoente, sobre a matéria da profissão ou indústria, para que tinha assentimento, bem como no tocante a quaisquer atos inerentes (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portu* gal, III, 97). O marido não podia revogar assentimento para a prática dos atos inerentes — inclusive para o litígio — sem revogar o assentimento mesmo para o exercício da profissão. Não há revogação parcial, ou só relativa aos efeitos; se o marido não revogava o assentimento, por se ter referido apenas a ato inerente ao exercício, ou à defesa da mulher, ou à livre disposição do seu trabalho, era inoperante; se revogava o assentimento mesmo, podia a mulher impugnar a revogação, pedindo o suprimento judicial. O pedida do suprimento judicial t inha efeito suspensivo da revogação; a revogação não tinha efeito suspensivo.

5.

Aplicação do produto da profissão. Se a mulher, com o produto da profissão, ou com o que entrou para ela, adquire imóvel, surgia a questão que, hoje, com a redação conferida ao art. 246 pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, V, não mais se levanta, e que era a de se saber se tinha ela assentimento para praticar, quanto ao imóvel, os atos inerentes ao exercício da profissão. O Código Civil exige à mulher, para a alienação dos bens imóveis comuns, au do seu domínio particular, ou para a alienação das direitos reais, comuns ou particulares, sobre imóveis de outrem, o assentimento marital (art.

242,1,11 e IIII). Respostas simplistas entenderam *a)* que a mulher, em nenhuma hipótese, podia alienar, ou gravar de ônus real, o imóvel que foi comprado, ou *b)* que o art. 246 lhe dava a livre disposição quanto a esse imóvel. A solução merecia maior cuidado. „te a profissão tinha por objetivo venda de imóveis, ou se a compra do imóvel fosse feita para imediato exercício da profissão, sujeita a interesses profissionais, que obrigassem à permuta, ou posterior alienação, os atos jurídicos de venda e compra, ainda de imóveis, entravam no circulo da profissão exercida pela mulher e constituíam ato inerente ao seu exercício. Aí, era dispensado, por força do art. 246, o assentimento marital. Porque era dispensável o assentimento marital, não cabia pensar-se em suprimento judicial: só se supre o que faz falta. O melhor exemplo era o da mulher que exercia o comércio de imóveis, ou que era sócia de empresa que precisava vender imóveis. Se a mulher comprava o imóvel, para retirar do ecúmeno profissional o seu valor tornava-se o produto do seu trabalho bem comum (comunhão universal ou parcial) ou bem particular seu, escapo às regras da profissão: bem comum, porque disso cogitava, na comunhão universal, o art. 262, sem que o art. 263, IX, constituísse exceção pertinente, e fora objeto, na comunhão parcial, de explícita regra da art. 271, VI; ou bem particular, nos outros regimes, salvo cláusula antenupcial, que o fizesse comunicável. Como bem comum ou particular da mulher, não podia nem pode ser alienado sem assentimento do marido (art. 243, 1, III). Em todo o caso, para que a mulher perdesse a livre disponibilidade, seria preciso que não houvesse dúvida sobre a separação de tal bem em relação à economia da profissão.

O art. 246 na redação que o Código Civil tinha antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, não constituia exceção às regras jurídicas sobre o regime de bens. O regime que vigorava entre os cônjuges, isto já no regime anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV e V, nada sofria com o assentimento à profissão da mulher. O art. 246 era exceção aos direitos do marido, matéria de efeitos pessoais do casamento, e não matéria d

de regime de bens; *aliter,* na sistemática atual.

6.

Convenções antenupciais. As convenções antenupciais não podiam restringir a incidência do art. 246, que era de direito cogente; *aliter,* atualmente, porque há nele expressa ressalva quanto a essa

possibilidade *(verbis:* "salvo estipulação diversa em pacto antenupcial"). Também eram, e continuam de o ser, de direito cogente os arts. 244, 245, 247 e seu parágrafo único.

Tampouco, ao assentir no exercício da profissão, era dado ao marido excluir qualquer ato que obstasse ao exercício da profissão em que assentira. Seria contradição; e considerava-se nula a restrição, e não o assentimento. Assim, a médica ficava, como hoje fica, com poderes para contratar sobre serviços a serem prestados, ou a lhe serem prestados por pessoas que a auxiliem, para cobrar os honorários, para litigar em juízo quando o objeto da ação diga respeito à sua profissão, á sua responsabilidade profissional, ou ao seu nome A mulher comerciante tinha e tem poderes para requerer a falência dos seus devedores, ou a própria, praticar os atos paraestatais das corporações, litigar em juízo civil ou comercial, no que diga respeito ao seu comércio, ou aos seus interesses coma Comerciante

7.

Presunção de estar habilitada a contrair obrigações ligadas à *profissão.* A mulher com assentimento para exercer profissão, quer pelo marido, quer por suprimento judicial, *presume-se* „autorizada" a contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão, que exercer (art. 247, IIII). Aqui, o princípio é de direito material; de direito material e de direito formal.

8.

Livre disposição do produto do trabalho. O art. 246 dá à mulher, que exerce profissão lucrativa, distinta da do marido, o direito de livremente dispor do produto do seu trabalho e dos bens adquiridos com ele.

Ou tal regra jurídica apenas equipara a mulher ao marido, que também dispõe do que colhe do seu trabalho; ou constitui *separação patrimonial* o caso do art. 246. A questão não é de somenos importância. Sobre as duas correntes em torno do anterior art. 246, — conta-se o acórdão do Tribunal de Apelação de São Paula, 4 de fevereiro de 1938, que decidiu pela incomunicabilidade (relator, J. de Faria); contra o acórdão, no sentido da comunicabilidade, o voto vencido do desembargador Mário Guimarães, longamente fundamentado. O art.

271, que trata da comunhão parcial, era, explícito: “Entram na comunhão: VI - Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos.” Na comunhão universal não seria preciso prevê-lo. Não se dissera o que entrava na comunhão, porque se assentou, de início, que o regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros. A outra corrente de interpretação invocava o art. 263, 1, que exclui da comunhão: as pensões, os meios-soldos, montepios, as tenças e outras rendas semelhantes. Mas, se na expressão “rendas semelhantes” estivessem contidos, como *caso,* os produtos do trabalho da mulher profissional, também os produtos da trabalho do marido profissional o estariam, e teríamos então o absurdo. A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, VIII e VIIII, alterou a sistemática e estatuiu a exclusão da comunhão dos fmtos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos, seja ela universal (Código Civil, art. 263, XIIII), ou parcial (art. 269, IV).

O Código Civil, art. 246, *pr,* estabelece ademais que o produto do trabalho da mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, e, bem assim, os bens com ele adquiridos, constituem bens reservados. Como tais, são excluídos da comunhão universal (art. 263, XIII) e da comunhão parcial (arts. 263, XIII, e 269,1V),

“salvo estipulação diversa em pacto antenupcial” (art. 246, *capa 1).*

A mulher que exerce profissão lucrativa, diz o art. 246. Não importava, isto já sob o direito no passada, se houve assentimento, ou suprimento de assentimento. O art. 246 não se referia a essa matéria. Supõe-se a profissão e entende-se que a mulher, que a exerce, pode dispor do produto do seu trabalho ou do que adquiriu com ele. Nem impodava qual o regime matrimonial de bens: o art. 246 nada tinha com eles e, pois, com o art.

271, VI. Se os proventos se comunicam, ou não, não era com o art. 246 que se resolvia. O art. 246 apenas disciplinava extensão do poder da mulher, fora do art. 242, que pusera a regra geral, a que o art. 246 fazia exceção. Leu Virgílio de Sá Pereira *(Direito de Família,* 322) o art. 246 como regra especial sobre regime (exclusão da comunhão). Levar-se-ia à contradição entre o art. 246 e o art. 271, 1, *contradição que não existia,* salvo para os que não prestaram atenção à colocação do art. 246 *(e.g.,* 22 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de fevereiro de 1938, *RT* 112/145).

§ 858. Quando a mulher chefia a sociedade conjugal

d

1.

A mulher não é *incapaz.* A despeito do art. 6ª, III, onde, falando-se das mulheres casadas, se dizia, antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 12, 1, que eram incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, enquanto subsistia a sociedade conjugal, a mulher não era, no Código Civil, sistematicamente, considerada "incapaz". Se incapaz fosse a mulher, incapaz seria o marido, que também necessita, para certos atos, do assentimento dela. O que se dá é que, existindo a sociedade conjugal impersonificada, alguém há de ter a direção e a administração do casal, e a lei a confere ao marido. Tanto a mulher não era incapaz, nem se podia admitir a terminologia do art. 6ª III, que, na falta do marido, era a mulher que assumia a direção e a administração da casal. Por outra lado, se a mulher exercia profissão, já vimos a extensão que dava à sua atividade e à sua liberdade a letra da lei. É até de notar-se que, na falta do marido, assumia e assume a mulher papel que é maior do que aquele que exerce o marido, quando lhe cabe a direção e a administração do casal. A legislação posterior ao Código Civil inspirou-se na conceituação que demos.

2.

O que á mulher compete quando chefia a sociedade conjugal. "A mulher compete", diz o Código Civil, art. 251, "a direção e a administração do casal, quando o marido: 1 - Estiver em lugar remoto, ou não sabido. III - Estiver em cárcere por mais de dois anos. IIII - For judicialmente declarado interdito." Impedido o marido de assentir, porque ele mesmo está inibido de praticar os atos em que assentiria, judiciais ou extrajudiciais, pode a mulher tomar a direção e a administração do casal. E direito seu, que a lei lhe dá.

possibilidade de qualquer restrição em convenção antenupcial ou posterior ao casamento. O art. 251 é cogente.

Quando a mulher exerce a chefia da sociedade conjugal (art. 251),

pode contrair dívidas no interesse da família, principalmente para o tratamento do marido (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de junho de 1950, *RT* 188/288: "Agindo no interesse da família e particularmente no do marido, podia obrigar-se sem autorização judicial, e, assim, obrigar os bens do casal, pois que a ambos notadamente ao marido, toca o dever de concorrer para as despesas do lar.").

3.

Marido em lugar remoto ou não-sabido. No primeiro caso do art. 251, para que a mulher seja investida da chefia do lar, não é preciso que tenha sido judicialmente julgado ausente o marido. A lei apenas exige que ele esteja em lugar remoto, *ou* não-sabido. Não distinguiu, tampouco, entre a ausência por necessidade e a ausência por abandono de lar. A intenção do texto é não deixar a família sem representação, sem alguém que a dirija e a administre. Nem se compreenderia que o marido deixasse alguém que viesse a assumir a chefia da sociedade conjugal. Isso não quer dizer que se não lhe permita deixar procurador, com os poderes admitidos em mandato. Aliás, a ausência do marido, tendo deixado mandatário, não é óbice intransponivel a que a mulher assuma a direção e a administração do casal, desde que se componha algum dos pressupostos do art.

251. Nem é de se afastar a hipótese de subsistirem a direção e a administração do casal, por parte da mulher, e o exercício do mandato, no que não infringir o art. 251, parágrafo único, entendendo-se, porém, que o mandatário do marido se subordina, par força do art. 251, parágrafo único, IIII e IV, à administração e à deliberação da mulher. O que se não admite é o mandato para a administração dos bens comuns, nem tampouco para a alienação deles. O Código Civil não exige a concorrência dos dois pressupostos, o estar o marido em lugar remoto e o estar o marido em lugar não-sabido; satisfaz-se com um deles, o estar in *longin quis* et *remotis partibus,* ou o estar em lugar ignorado pela mulher. Se de onde está, o marido, por circunstâncias pecuniárias e meio de transporte, pode voltar com relativa facilidade e a tempo, sem prejuízo da família, não se deve entender que está in lonqinquis et *remotis partibus,* se bem que, ainda em tais casos, possa a mulher provar a intenção do marido de demorar-se para além das conveniências, mostrando que ela tem de assumir a direção e a administração do casal. Quanto à mulher cujo marido está em lugar ignorado, a lei considera-a investida, desde logo, da sociedade conjugal, sem qualquer exigência de tempo (Miguel de

Reinoso, *Observationes Practicae,* 177). O requisito do lugar remoto prescinde da ignorância do paradeiro; o da ignorância do lugar prescinde da distância em que realmente se ache o marido. Em qualquer dos dois casos, não obsta à investidura da mulher na direção e na administração do casal o fato de ter o marido deixado mandato a outrem, ou à própria mulher (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de junho de 1931, RT 79/64).

4.

Encarceração do marido por mais de dois anos. A encarceração por mais de dois anos é o segundo dos pressupostos suficientes, de per si, que o art. 251 consigna. Trata-se de caso especial de ausência, já contemplado pelos escritores dos séculos passados, que o restringiam, todavia, ao degredo e ao banimento (Borges Carneiro, *Direito Civil* de *Portugal,* III, 87). É de notar-se que se não falou em condenação por mais d

de dois anos, nem, tampouco, de sentença condenatória passada em julgado. Satisfaz-se a lei com o dado fático: a encarceração, por mais de dois anos. Se houve sentença, passada em julgado, com a condenação ao cárcere, por mais de dois anos, assume a mulher a direção e a administração do casal, desde logo.

Se não houve a sentença passada em julgado, compete-lhe assumir quando alguma sentença, ainda não passada em julgado, ou alguma decisão de autoridade, estabeleça que a encarceração vai ter tal duração, pela razão simples de que não é possível deixar-se, durante tanto tempo, sem direção e sem administração, o casal.

Se não houve sentença, nem decisão, e a encarceração perdura, completando dois anos, dá-se a assunção por parte da mulher. Se não há o pressuposto para a incidência do art. 251, III, mas está preso o marido2 sem poder dirigir e administrar o casal, cabe à mulher pedir suprimento do assentimento marital, conforme melhor se dirá no parágrafo dedicado a essa matéria.

Nos casos em que a condenação do marido importa perda da sua autoridade marital, segundo a lei penal, como fora o caso do lenocínio (Decreto-Lei nº 2.848, de 7ide dezembro de 1940, arts. 69,11, 1ª parte, e parágrafo mico, III, *a),* 1ª parte, *b),* 1ª parte e *c)),* a liberdade do marido não põe termo à direção e à administração do casal, por

parte da mulher Sobre os bens particulares, recobra ele a administração, mas fica sujeito a todas as exigências do art. 235. Quanto à alienação, hipoteca, ou gravame de ônus real dos imóveis, ou quanto à alienação dos direitos reais, seus, sobre imóveis alheios, fica dependente de assentimento da mulher, não podendo, sem assentimento dela, pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos. Quanto aos bens comuns, toda deliberação compete à mulher com autorização especial do juiz, com assentimento, ou não, do marido.

O

art. 251, III, fala de cárcere por mais de dois anos. A 2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, a 2 de junho de 1953, equiparou ao cárcere público o cárcere voluntário (clausura, auto-internação), estendendo, assim, a regra jurídica do art. 251,11 *(Ai* 107/282: "Pouco importa, portanto, que o cárcere a que se tenha votado o interditando seja voluntário e não se trate de prisão punitiva do Estado: ele se dedicou à reclusão contemplativa dos ascetas.").

5.

Decretação judicial de interdição. O terceiro pressuposto é o da decretação judicial de interdição (art.

251, IIII). E a mais forte das razões para que se dê substituto ao marido, na chefia da sociedade conjugal.

Escreveu E. Egidio *(Tractatus* de *lure et PrivilegIIIs honestatis,* 87): "Maritus qui in furore est, mortuo aequiparatur." Também assim, Miguel de Reinoso *(Observationes Practicae,* 177): "... absente scilicet manto in longinquis, et remotis partibus, vel ubi necessitas urget, si uxor tutius, et melius velit agere rem suam adhiberi faciat authoritatem iudicis loco mariti absentis" e Cristiano de Rodemburgo *(Tractatus* de *lure Coniuqum,* 216). Desde muito, porém, que não se exige mais a autorização do juiz e o Código Civil, usando das expressões gerais "compete a direção e administração do casal", apagou quaisquer dúvidas que ainda existissem. Não tem mais aplicação, portanto, a advertência de Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos* de *Familia,* 79), que reputava necessária intervenção suprimental do juiz em se tratando de venda de imóveis próprios, se ausente ou interdito o marido. Mais um ponto do nosso direito em que se fez sentir, através desses últimos séculos, a evolução libertadora da mulher. Jorge de Cabedo *(Decision es,* 240) dizia que nem mesmo os

móveis, em tais casos, poderia a mulher alienar sem autoridade judicial; Miguel de Reinoso ***(Observa***

tiones Practicae, 177) repetia-lhe, menos forte, a rigorosa opinião; Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de Uso Prático,* 440) só exigia a autorização judicial para a alienação dos bens de raiz, em casos de ausência ou interdição do marido; Coelho da Rocha *(Instituições,* 160) e os seus coevos seguiam as pegadas de Manuel de Almeida ***e*** Sousa, repisando a mesma alegação, que ainda aparece, em 1889, esgueiradamente, sotoposta a uma nota,no livro de Lafaiete (79, nota 1). O Código Civil não completou a evolução: exige a autorização especial do juiz para a alienação dos imóveis comuns e do marido.

6.

Alienação de bens imóveis, comuns e *do marido.* Durante a direção e a administração da mulher, só lhe exige a lei autorização especial do juiz para a alienação dos imóveis comuns ou do marido (art. 251, parágrafo único, IV). Deixa-se aberta questão grave, que versaremos de pronto: a de se saber se, para gravar de ônus reais os imóveis comuns, ou os do marido, precisa a mulher da autorização especial a que se refere o art. 251, parágrafo único, IV; bem assim, se, para alienar os direitos reais sobre imóveis alheios, que lhes sejam comuns, ou que pertençam ao marido, é de mister a autorização judicial. O art. 251 substitui tudo que se disse no art. 233 5.; o art. 251, parágrafo único, constitui exclusão do art. 242 e mais regras jurídicas sobre assentimento marital. Em conseqflência, tem a mulher a faculdade de alienar, ou de gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens, e de alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; pode aceitar (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 28 de fevereiro de 1912, sobre doação) e renunciar herança ou legado, tutela, curatela ou outro múnus público, litigar em juízo civil ou comercial, exercer profissão, contrair obrigações, ainda que possam importar em alheação de bens do casal d

aceitar mandato, prestar fiança, fazer doação de bens particulares seus ou do marido, ou comuns, quando móveis, ou particulares seus, quando imóveis. Como se vê, ela fica em situação superior à em que *estaria o marido,* se estivesse na direção e administração da sociedade conjugal. Temos, pois, que, quanto às limitações à situação da mulher, competindo-lhe a direção e a administração do casal, só se tem de

consultar o art. 251, parágrafo único. “Nestes casos”, diz a regra legal, “cabe à mulher: 1 - Administrar os bens comuns. III -

Dispor dos particulares *e* alienar os móveis comuns e os do marido. IIII - Administrar os do marido. IV -

Alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.” Está claro que só uma limitação se faz, — a relativa à alienação dos imóveis comuns *e* dos imóveis do marido, para o que precisa a mulher de autorização especial do juiz. Permite-se-lhe, portanto, contrair dividas, não só para alimentos seus e dos filhos, como também das pessoas a quem, por sentença judicial, o marido alimentava, para a conservação e benfeitorias dos bens comuns (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* III, 439), ficando por elas responsável o casal, promover a instituição do bem de família quer com prédio pertencente ao casal, quer com prédio pertencente ao marido, casos em que há de anteceder autorização especial do juiz, quer com prédio particular seu. Os direitos reais entram na expressão “imóveis” do art. 251, parágrafo único, IV.

§ 859. Como e quando deve ser dado assentimento marital

1. *Eficácia do assentimento.* O assentimento do marido torna a mulher casada hábil para contratar e estar em juízo. O casamento retira um pouco da sua liberdade, porém não lha exclui; exige apenas a vontade do marido, que a completa, como exige, para certos atos do marido, o assentimento da mulher. O assentimento deve ser dado *antes,* ou no *momento* em que se consuma o ato. Se o ato se faz sem que o marido assentisse, fica, desde o início, afetado de invalidade. Tal invalidade não é radical; não pode o ato ser tido como inexistente, ou nulo *(* = inválido de pleno direito), mas apenas como *anulável.*

2.

Assentimento não se presume. Ratificação. A regra é a de que o assentimento, em si, não se presume.

Há de ser dado por escrito, e o art. 243 é explícito, quando diz: “A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.” E

obrigatória, portanto, a forma escrita. Se particular o instrumento, é de se lhe exigir ser previamente autenticado.

Previamente significa antes da prática do ato. Todo assentimento em instrumento público que não seja anterior ao ato, ou no mesmo instrumento, é posterior, importando em *ratificação.* Todo assentimento em instrumento particular, ainda datado de antes, ou do momento da prática do ato, se a autenticação é posterior, considera-se *ratificação.* A data da autenticação é que diz se houve assentimento prévio, ou não.

Uma das conseqüências do art. 243 é não mais se ter, no direito brasileiro, o assentimento verbal, que podia ser provado por confissão da parte, ou por testemunhas. A lei circunscreveu o assentimento marital ao instrumento público, ou particular *previa-mente* autenticado. Aliás, a própria ratificação há de ser por instrumento público, ou particular autenticado (art. 252, parágrafo único). Para os atos que não exigem prova escrita, qualquer anuência do marido não constitui autorização para ele, e sim co-participação. Se a mulher, à vista do marido, vende uma jóia, não se pode dizer que seja anulável o seu ato, embora o marido não lhe houvesse dado assentimento por escrito público, ou particular previa-mente autenticado. Ambos venderam, se comum o bem móvel. Vendeu a mulher, tão-só, se particular seu, caso em que se não exige o assentimento marital. Não são escusadas essas exemplificações simples. diante da grande confusão que tem havido a respeito, não sem injustiças em casos concretos. Se a regra é ser escrito o assentimento marital, casos há em que a lei cria presunções: às vezes relativas, isto é, subordinadas à prova em contrário; outras, faz a presunção elemento de regra juridica cogente, usando, assim, o termo "presume-se em sentido de presunção dita *iuris et de iure.* E assim que haver de interpretar o art. 247 e seu parágrafo único, que constituem objeto dos dois números seguintes. No art. 243, quando se fala em instrumento público, claro está que se compreende nele o termo judicial, pois que instrumento público é. J. M. de Carvalho Santos *(Código Civil Interpretado,* IV, 417) exclui o assentimento por termo judicial, como se termo judicial não fosse instrumento público. O direito cambiário e o cambiariforme têm princípios próprios.

3.

Exceções à regra *de não-presunção, no plano da lei.* "Presume-se a

mulher autorizada pelo marido", diz o Código Civil, art. 247: "1 - Para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica.

III - Para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir. 111 - Para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com autorização do marido ou suprimento do d

juiz." A expressão "presume-se" está empregada, no art. 247, 1 e 11, no seu sentido técnico. A lei quer que se inverta o ônus da prova, que se sujeite o marido ao cargo de provar, com efeitos para com terceiros, que a mulher *não* tinha ou *não tem o assentimento* para as compras que fez, nem para os empréstimOs, de que precisou.

Não assim no art. 247,111: a mulher, sob o regime do Código Civil anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª IV, que exercia profissão com assentimento do marido, ou suprimento do juiz, tinha direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor livremente do produto do seu trabalho (art. 246), de modo que estava habilitada a contrair as obrigações concernentes à indústria ou profissão, que exercesse com assentimento do marido, ou suprimento do juiz. *Não cabia qualquer prova em contrário.* Se o marido entendesse que a mulher não poderia continuar a exercer a industria, ou profissão, que exercia, cabia-lhe retirar o assentimento dado, ou convencer a Justiça de que cessou a razão para o suprimento. Enquanto, porém, não fosse efetivamente retirada a outorga, tinha a mulher o direito de praticar aqueles atos e assumir aquelas obrigações. Naturalmente, se o marido retirasse o assentimento dado, a mulher podia pedir o suprimento como se estivesse a iniciar o exercicio da profissão. São pressupostos para a presun-

ção, no caso do art. 247, 1 e 11: *a)* consistir a compra em coisas necessárias à economia doméstica, e não em objetos sob ess~ título disfarçados, como seriam, por exemplo, para pessoa pobre, a aquisição de pratarias caras, ou imensa quantidade de víveres; *b)* em se tratando de empréstimo para essas coisas, não importar a quantia em exagero evidente, como seria empréstimo de cem mil reais para os alimentos mensais. Nas épocas de calamidades esperadas, como revoluções, a compra de gêneros com intuito de previsão da falta e depósito particular, as quantias podem ser maiores do que as usuais. Eram pressupostos para a presunção, no caso do art. 247, 111: *a)*

assentimento anterior do marido, ou suprimento do juiz, ou a verdadeira dispensa de assentimento para a profissão, segundo o art. 247, parágrafo único, o que não mais se verifica diante da inexigibilidade do assentimento marital a atividade profissional da mulher (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, IV); *b)* ser a obrigação concernente à profissão ou indústria, pois não se presumiria presumida se a obrigação tivesse outro fim ou caráter diverso: "quoties uxor intra muneris, aut negotIII istius terminos se se continuerit, nec ab eo alienis se se miscuerit" (3. Voet, *Cornmentarius ad Pandectcis, III* i, 29).

4.

Mulher que ocupa cargo público ou exerce profissão fora do lar conjugal. Lê-se no art. 247, parágrafo único: "Considerarse á sempre autorizada pelo marido a mulher que ocupar cargo público, ou, por mais de seis meses, se entregar a profissão exercida fora do lar conjugal." O verdadeiro lugar da regra jurídica seria onde estava, embaixo do art. 243, porque concernia a dispensa de assentimento do marido para o exercício da profissão, quando ainda era exigível, isto é, exceção aos arts. 233, IV, e 242, VIII, nas redações anteriores à Lei nº 4.121, art. 1), III e IV, e 243. A Lei nº 3.725 passou-o para baixo do art. 247, como se dissesse respeito ao conteúdo do art. 247. Não se tratava de regra relativa aos atos inerentes ao exercício da profissão, ou àsua defesa, o que já foi previsto no art. 246; nem de regra concernente às obrigações contraid~s em razão da indústria, ou da profissão exercida, assunto regido pelo art. 247, 111; e sim de regra sobre exigência do assentimentO. O verdadeiro entendimento era o de que, exercendo alguma mulher cargo público, de nomeaçãO, ou eletivo, ou por escala se "considerava" com o assentimento pelo marido; outrossim, se, por mais de seis meses, se entregava a mulher a profissão, que se exercesse fora do lar conjugal. As conseqüências do art. 247, parágrafo único, eram as seguintes: *a)* se a mulher passara a exercer o cargo público, ainda sem assentimento do marido, esse — que não se poderia opor a isso — nenhuma ação tinha para anulação dos atos ligados à profissão nem haveria cogitar-se de prazo prescricional; *b)* se a mulher, por mais de seis meses, se entregara a profissão exercida fora do lar conjugal, premunida estava, de modo que não a exercia invalidamente, nem caberia qualquer prazo prescricional. No caso da profissão exercida fora do lar conjugal, tínhamos de saber de que data se começava a contar o tempo dos seis meses. Ao primeiro exame, é certo que o Código Civil não cogitava de qualquer ciência do marido, pois que falava na ocupaçao do cargo

público, sem exigir tempo, e, ao referir-se à profissão exercida fora do lar conjugal, apenas dizia „por mais de seis meses": seriam seis meses a partir do inicio da profissão, sem qualquer atinência subjetiva. A resposta a essa questão nos levararia à solução de outra, que era a de se saber se a ocupação do emprego privado, pela mulher, sem ciência do marido, estabelecia a dispensa mesma do assentimento. A letra do art. 247, parágrafo único, conduziu a crer-se na exclusão de qualquer elemento subjetivo. Não se disse, sequer, que se presumiria; estabeleceuse, duramente: „Considerar-seá sempre autorizada . Mas a interpretação literal seria contra os principios e manifestamente injusta (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executioflibus,* III, 57): "Et quod sola temporis diuturnitate ratificatio praesumitur, facit quod et temporis silentium habet cifectum, et vim ratificationis. Sed cave, quia haec de ratificatione praesumenda *ex scientia,* et *patienticl,* et ex *tem poris diuturnitc1e solum procedunt* . Se o marido ignorava que a mulher aceitou emprego privado, ou estivesse a exercer profissão fora do lar conjugal, sem haver da sua parte culpa na ignorância, não cabia considerar-se d

dado o assentimento: seria presunção absoluta da lei, sem qualquer atenção aos fatos da vida. O tempo, só por si, não bastava; o elemento subjetivo tinha de ser levado em conta. Se o marido fazia viagem de um ano, ou mais, ou de seis meses só, não podia a mulher, improvisando-se profissão e dedicando-se a ela durante seis meses, invocar o art. 247, parágral o único, nem os terceiros estariam a salvo das alegações do marido. Com maioria de razão, no caso do emprego privado: se o marido se ausentava por dois dias ou três e a mulher passava a ocupar o cargo privado, seria enormemente injusto que se lhe negasse o direito de opor-se. Quando, porém, tinha ciência, devia agir imediatamente, sob pena de incidir, com todas as conseqûên cias, o art. 247, parágrafo único.

No caso do emprego privado, eram elementos do assentimento: *a)* ciência do marido, ou motivos para se presumir, ou culpa em ignorá-lo; *b)* tratar-se de emprego efetivo, porque, se fosse cargo de comissão transitória, o assentimento não abrangia a efetivação.

No caso da profissão exercida fora do lar conjugal, eram pressupostos: *a)* exercício da profissão por mais de seis meses contínuos; *b)* ser fora do lar conjugal a sede da profissão; *c)* ciência do marido, ou motivos para presumi-la, ou culpa na ignorância; *d)* não ter havido oposição pública do marido, com as formas que as circunstâncias exigirem.

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, III e IV, apagou a exigibilidade do assentimento marital ao trabalho da mulher nesses casos, e a Constituição de 1988, arts. 59, 1, e 226, § 59 estabeleceu absoluta simetria no exercicio dos direitos e deveres pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal.

5.

O único caso de assentimento *tácito; K. S. Zachariae* e *Juan Lôpez.* Caso especial de assentimento, e seria o único caso de assentimento tácito, é aquele que ocorre quando a mulher precisa defender-se em juízo, sendo o autor contra ela o marido (Zachariae, *Le* Droit *Civil français,* 1, 232), porque está implícita na ação dele o assentimento para que a mulher se defenda (eM *auctoritas tacite interposita),* e vice-versa.

6.

Revogabilidade e *eficácia após a morte da mulher.* O assentimento marital pode ser especial ou geral; mas é revogável a todo o tempo, respeitados os direitos de terceiros e os efeitos necessarios dos atos iniciados (Código Civil, art. 244. "Esta autorização érevogável a todo o tempo respeitados os direitos de terceiros e os efeitos necessários dos atos iniciados.").

Dado o assentimento marital, se o ato foi iniciado pela mulher em vida, reputa-se eficaz depois do falecimento: *Licen tia uxori data transit ad haeredem* (Juan López, De lucris constante matrimonio, *Tractatus de Bonis constante matrimonio acquisitis,* 418). Assim, se o marido deu assentimento à mulher para alienar e essa deu ou recebeu arras após a alienação, não pode, após o falecimento da mulher, dissentir da transferência do imóvel, porque a posse e o domínio já pertencem, indivisamente, aos herdeiros. Esses podem assinar a escritura de venda do imóvel, a fim de evitar a perda das arras dadas (art. 1.095, 1ª parte), ou, se as recebeu a mulher, a pena civil da restituição em dobro (art. 1.095, 2ªparte), se foi estipulado o direito de se arrepender; e são obrigados a realizar a venda, por ser firme o contrato, quando não se houver estipulado o direito de arrependimento (art. 1.094), ou a pagar perdas e danos.

§ 860. Suprimento do assentimento marital

1.

Quando à mulher cabe pedi-lo. Na falta ocasional do marido, que não seja suficiente para que a mulher assuma a direção e a administração do casal, ou em caso de recusa de assentimento, ou de revogação do assentimento existente, cabe à mulher pedir o suprimento judicial. "A autorização marital", estatui o art.

245 "pode suprir-se judicialmente: 1 - Nos casos do art. 242, nº 1ª a IIII. III - Nos casos do art. 242, nº IV, se *o* marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos." Primitivamente, nas formas matriarcais, quer os cônjuges continuassem a viver nas respectivas familias (casamento remundiano), quer ambos se subordinassem à autoridade do chefe da família da mulher (casamento ambiliano), era fraca a autoridade marital, ou, às vezes, nenhuma. À medida que se apagou o matriarcado, acentuou-se o poder marital, — que é função do valor econômico, relativo, do homem e assim, desde que a mulher se eleve de novo, decrescerá. A intervenção do juiz, como hoje se nota, é sinal de solução mais social do que individual, posto que revele o intuito de se *corrigir* ordem despótica.

d

2.

Falta do marido e recusa do assentimento. No caso de falta do marido, sem que haja pressuposto para a aplicação do art. 251, não há autorização judicial, como se daria no caso do art. 251, parágrafo único, IV.

Trata-se de suprimento judicial do assentimento marital. Tudo se processa como se o marido houvesse negado o assentimento, razão para que a mulher exponha os motivos que tem para a prática do ato que precisaria de assentimento do marido. No caso de recusa, por mero capricho, ou alegações infundadas, ou sem que o marido diga a razão de negar o assentimento pedido, o juiz examina a questão suscitada pela discordância entre a vontade do marido e a vontade da mulher confirmando a negativa, ou suprindo o assentimento marital. O

suprimento vem de velhíssima prática (Jorge de Cabedo, Decisiones, 1, 240); foi adotado no direito anterior, com muita largueza (Ordenações Filipinas, Livro IIII, Titulo 47, § 5, in *fine,* e Livro IV, Título 48, § 2), e tem por fito eqúitativo corrigir os abusos do poder marital. Não é preciso, no direito brasileiro, recorrer-se à figura do abuso de direito, porquanto o exame da situação, judicialmente, constitui direito subjetivo e pretensão da mulher.

3.

Quando é caso de *suprimento judicial. Prevalência da opinião que demos em 1917* e *a Lei nº 3.725, de 15 de janeiro* de *191 9.* Em todos os casos em que é mister o assentimento marital, cabe também o suprimento judicial. Não há falta ou recusa de assentimento que seja sem a possibilidade de pedir a mulher o exame judicial das circunstâncias. Logo à aparição do Código Civil, o erro do art. 245, a que esquecera o inc. VI do art. 242, permitiu que alguns intérpretes sustentassem1 não haver suprimento, em caso de falta ou recusa de assentimento marital, para litigar em juízo civil ou comercial. Repelimos tal inteligência do texto legal, mostrando que se tratava de simples engano de redação, e não ser possivel regra tão absurda como a que seria a do art. 245, engano a *evitar-se* ainda quando o legislador não tivesse sido vitima dos retoques e das emendas de redação. Na fl edição do *Direito de Família* (509 s., nota final), escrevíamos: "Diz o Código Civil, no art.

242: "A mulher não pode, sem autorização do marido: VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251." Ao tratar do suprimento do assentimento marital, estatui (art. 245): "A autorização marital pode suprir-se judicialmente: 1 - Nos casos do art. 242, nº 1 a V. III - Nos casos do art.

242, nº VIII e VIIII, se o marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos." Excluido ficou, da possibilidade de suprimento, o inc. VI, de modo que, denegado o assentimento marital, será impossível, diante da letra da lei, o suprimento pelo juiz. A medida é absurda: e nasceu de erro da comissão de redação da Câmara dos Deputados. Mostremo-lo. O Projeto primitivo dispunha (art. 283): "Também não pode ela (a mulher), sem autorização marital: 6ª Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser em casos indicados nos arts.

289 e 292." No art. 286, remediava: "A autorização marital pode ser suprida judicialmente: 1ª Nos casos do art. 282 e dos nº 1ª a 6ª do art. 283, quando houver utilidade evidente ou necessidade justificada." A

Comissão Revisora extra-parlamentar suprimiu o nº. 59, de modo que o nº. 6ª passou a ser o 59, e igual emenda se fez no artigo concernente ao suprimento judicial. Na Câmara dos Deputados, em 1901, inseriu-se mais um inciso, que passou a ser o primeiro, o inc. 59 voltou a ser o 6ª, conservando-se, porém, no dispositivo referente ao suprimento, as antigas indicações, que deveriam ser adaptadas ao novo inciso. Assim, lá se encontram as remissões "1 a V, e VI e VIII", de modo que o antigo inc. 79, tornado 8ª ou VIIII, conforme a numeração romana que se preferiu, ficou sem o recurso da outorga judicial. A Comissão dos vinte e um (1902) advertiu no engano e substituiu VI e VIII por VIII e VIIII, deixando, contudo, em aberto, o inc. VI, por não corrigir, como fora mister, o primeiro inciso do art. 251, em que se dizia apenas 1 a V, em vez de 1 a VI. Trata-se, como se vê, de uma das muitas cincas provindas da apressada e trêfega elaboração do Código Civil, no seio das comissoes. Orça pelo absurdo, fere, tão fundo, o senso juridico, que devemos tachá-la de descuido, que em verdade foi; e nenhuns espíritos de seguro critério negarão ao intérprete o direito de desprezar essas inadvertências do legislador. O que dissemos éaplicável assim aos bens próprios como aos comuns, pois a propriedade indivisa não é menos propriedade." A nossa interpretação ficou assente (Clovis Bevilacqua, Código Civil *Comentado,* 1ª ed., III, 137: "Sobre a inadvertência, que persiste neste artigo, quanto às referências aos nºª 1 a V e VIII *e* VIIII do art. 242, omitido o nº VI, leia-se *Direito de Família,* nota final, pp.

509, 510"; cl. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado,* IV, 429: "Trata-se de um descuido, como bem demonstrou o douto PONTES DE MIRANDA.").

Quanto aos incs. 1 a IIII do art. 242, nenhuma limitação se faz ao critério do juiz, que a necessária ao bem-julgar. Quanto ao inc. IV diz o art. 245, III, que o suprimento se dá"se o marido não ministrar os meios de subsistência à mulher e aos filhos". Subsistência, ai, significa o necessário a uma vida à altura da situação e dos razoáveis ideais da mulher e da família. Na sistemática do art. 242, na redação anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 18, IV, certamente, não teria o juiz no mesmo pé de igualdade o caso do inc. VIII, hoje revogado, *e* o do inc. VIIII, atualmente IV, porquanto, nesse, há mais a apreciação de um fato, que obriga a mulher a contrair dívidas, ou efetuar compras a crédito, destinadas à sua subsistência e à dos filhos. Cumpre, porém, observar-se, que não se trata das compras, ainda a crédito, das coisas normalmente necessárias à d

economia doméstica, nem da obtenção de empréstimos para a aquisição de tais coisas, pois, em tais hipóteses, a mulher se *presume com assentimento marital* (art. 247, 1 e III). O assentimento marital somente é preciso para contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal. Ficam de fora as obrigações que não podem importar em alheação de bens do casal, e sim, apenas, em alheação de bens da mulher. *4.*

O

revogado inc. IX do art. 242 do Código *Civil.* Por sugestão nossa, a Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, acrescentara o inc. IX do art. 242. Outra vez esquecera ao legislador referir-se, no art. 245, a esse caso do art.

242. O raciocínio, que então fizéramos, havia de ser o mesmo que desenvolvêramos, em 1917, a respeito da omissão da referência ao art. 242, VI. O suprimento judicial seria possível, como a propósito dos incs. 1 a VI do art. 242. Houve quem pensasse (Eduardo Espínola, Anotações, IIII, 284; sobre a inteira procedência da nossa crítica ao texto de então, 283 e 284, onde vem transcrita) que a aceitação de mandato se devesse reger pelo art. 245,11, relativo aos incs. VIII e VIIII do art. 242 e não pelo art. 245,1, relativo aos incs. 1 a VI do art.

242. Seria de aceitar-se tal interpretação se, no sistema do Código Civil brasileiro, o mandato se presumisse oneroso: presume-se gratuito. Não se compreenderia que, para aceitação do mandato, presumido gratuito, a mulher só tivesse suprimento judicial se o marido não lhe ministrasse e aos filhos os meios de subsistência.

Nos casos de obséquios, a parentes por exemplo, a recusa do marido podia significar simples capricho, implicância, egoísmo, e seria de todo contrário aos princípios de direito de família que preponderasse, sem remédio, a atitude desarrazoada do marido. De mais, ocorrendo omissão da lei, havíamos e havemos de recorrer à analogia; e havia, como há, mais analogia entre aceitar mandato e aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público, do que entre aceitar mandato e exercer profissão ou contrair obrigações que possam acarretar alheação de bens do casal. Se o mandato importava em obrigação de tal natureza, era o caso do art. 242, VIIII; porém convenhamos em que era pouco provável.

A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. IS, IV, retirou a necessidade do assentimento do marido à aceitação válida de mandato

pela mulher. A redação que conferiu ao art. 242, reduzindo-lhe os incs. 1 a IX aí a IV, acarretou a revogação do art. 1.299 do Código Civil, que aludia à imprescindibilidade da "autorização do marido" para a mulher casada poder "aceitar mandato".

5.

Remissão do art. 242, I, ao art. 235. A remissão do art. 242, 1, ao art. 235 é infeliz, denunciando, na feitura da lei, falta de cuidado. Assim, não é possível pensar-se — a despeito do que está escrito na lei — em suprir-se judicialmente o assentimento do marido em certos casos do nº 1 do art. 242, porque são os seguintes: *a)* Alienação, hipoteca ou gravame real dos bens imóveis (bens *próprios* do marido), ou alienação de direitos reais (direitos *próprios* do marido) sobre imóveis alheios. Quanto aos próprios do marido, *tollitur qucestio.*

Quanto aos comuns, porque só seria possivel deles cuidar a mulher e dispor: 1) por procuração do marido; 2) se lhe cabe a chefia da sociedade conjugal; mas, então, não há *suprimento* judicial, e sim autorização especial do juiz. *b)* Pleito, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos. Quanto aos próprios do marido, não se poderia dar suprimento para ir a mulher, por si, pleitear. Quanto aos comuns, como ré, deve ficar ao exame do juiz, o que estava incluído no revogado inc. VI o caso, de que ora tratamos. *c)* Prestar fiança. LQuem poderá pretender possa a mulher pedir suprimento do assentimento marital para prestar fiança, ela, que somente poderá contrair obrigações, se o marido não ministrar os meios de subsistência "à mulher e aos filhos", como se diz no Código Civil, *art.* 245, III, e de modo claríssimo? Podê-lo-ia se cabe poder e convir obrigar-se. *d)* Doar. É que disparate não seria ir a mulher a juízo pedir suprimento de assentimento para doar bens comuns fora do art. 236ª A lei é iniciativa. Se erradamente fala, ninguém deve ouvi-la; se diz a verdade, ou o que, ainda sem ser o mais justo, merece respeito, devemos então, como princípio de pedagogia social, respeitá-la.

Onde erra, devemos emendá-la. Onde não erra, porém não faz o que melhor podia fazer, — temos de obedecer-lhe.

6.

Direito de pedir o suprimento da outorga conjugal. O direito de pedir suprimento da outorga compete ao outro cônjuge, e não a qualquer

terceiro, ainda que interesse tenha. Isso não quer dizer que não possa o terceiro intimar o marido, que ocultou ser casado, a obter da mulher, sobre as cominações cabiveis, o assentimento que seria de exigir-se, ou o seu suprimento. Trata-se de procedimento estranho ao direito de famIIIt, que só interessa aos contraentes. Concedido o assentimento, ou o suprimento, dá-se a ratificação do ato praticado pelo marido. No direito cambiário —aliás onde quer que a aparência jurídica exerça papel capital — o silêncio ciente pode produzir as mesmas consequências que a atuação positiva. Também aí a obrigação tem outra origem que a de direito de família. O marido obriga-se, cambiariamente, por princípio de direito cambiário. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de maio de 1932 (RT 84/368): "É de confirmar-se a sentença pelo seu primeiro fundamento. Evidentemente, a agravante não tem qualidade para requerer suprimento da outorga uxória, a fim de que o casal da requerida lhe transmita o dominio de bens de d

raiz. O marido da agravada é que poderia, se não fosse interdito, requerer ao juiz, com fundamento no art. 237

do Código Civil, o suprimento da outorga de sua mulher, se essa lho denegasse. Sendo interdito, somente em hasta pública podem ser alienados bens de sua propriedade (Código Civil, art. 427, VI) A falta de qualidade da agravante para entrar em juízo com semelhante pedido, mesmo que o marido da agravada não fosse interdito, deriva de se tratar de caso da vida íntima do casal. A outorga da mulher é dada ao marido. Quando ela lha recusa, sem justo motivo, é que o marido pode ir ao juiz pedir o suprimento. Terceiros não podem intervir na questão que se trava entre marido e mulher. Não têm qualidade para discutir, em juízo, as razões da mulher.

Só ao marido cabe a iniciativa de qualquer requerimento a esse propósito." O mesmo dir-se-á quanto ao assentimento marital.

§ 861. Efeitos do assentimento marital

1. *Extensão.* O assentimento dado pelo marido tem o efeito principal de fazer cessar a limitação à situação da mulher casada, a fim de que ela possa praticar validamente os atos especiais, se a outorga é restrita, ou quaisquer atos, se o assentimento é geral. O efeito do

assentimento não vai além dos termos que o delimitam.

Assim, se a mulher casada tem assentimento marital para *vender* uma coisa, não se pode considerar capaz de doar a mesma coisa; com assentimento para estar em juízo, não pode estender a sua capacidade ao direito de *transigir;* com assentimento, quando era de exigir-se, para ser comerciante, podia regularmente contratar todo gênero de obrigações de natureza mercantil, mas não valiam os seus atos que não fossem conexos com a sua mercancia. O que se não contiver nas raias do assentimento incorre na proibição geral, em que a mulher casada, a respeito de tal matéria, vive, salvo se a lei mesma manda presumir-se com assentimento ou se não lhe exige, para a espécie, o assentimento marital.

2.

Repercussão no plano do regime de bens. Além desses efeitos relativos à mulher, o assentimento possui consequências importantes quanto ao marido. No regime da comunhão (universal ou parcial), os proveitos e vantagens dos atos validamente praticados pela mulher aproveitam por igual ao marido, segundo presunção legal derivada do regime. É de justiça, portanto, que, por sua pessoa e pela metade ideal que possui nos bens comuns, participe da responsabilidade. *Licen tia data ob)igat maritum* (Juan López, De lucris constante matrimonio, *Tractatus de Bonis constante mat rirnonio acquisitis,* 428). Se outro é o regime, os lucros nao vao ao marido: é de direito, portanto, que os atos para os quais houve assentimento obriguem apenas os bens próprios da mulher, salvo se o marido assume conjuntamente a responsabilidade do ato: mas, em tal caso, não se trata de assentimento, e sim de *obrigação* direta do marido. E o que está no Código Civil, art. 253: “Os atos da mulher autorizados pelo marido obrigam todos os bens do casal, se *o* regime matrimonial for o da comunhão, e somente os particulares dela, se outro for o regime e o marido não assumir conjuntamente a responsabilidade do ato.” O art. 253 sofre exceção: a do art. 254, no que ele se reporta ao art.

247, onde se diz que o marido é responsável pela compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica, pela obtençao de empréstimo das quantias necessárias à aquisição desses bens e pelas obrigações contraídas pela mulher, quando concernentes à indústria ou profissão que ela exercer, outrora — posto que não mais hoje — com assentimento do marido. E preciso prestar-se toda a atenção a isso, por ser extremamente confusa a distribuição das

matérias, a respeito, no Código Civil. (Na doutrina anterior ao Código Civil, adotava-se solução inteiMmente diferente. Quando a mulher tinha o assentimento do marido, respondiam pelos atos dela assim os bens comuns como os próprios do marido. O propósito, no Código Civil, de vedar interpretação semelhante à do direito anterior foi responsável pela pululação de regras sobre a responsabilidade oriunda dos atos da mulher, com o que se tornou a matéria uma das mais delicadas da exposição técnica da lei.)

Regime da comunhão, a que se refere o art. 253, é o regime da comunhão universal, ou o da comunhão parcial. Se a convenção antenupcial não estabelece a comunhão dos aqúestos conjugais e dos frutos, não só se alterou, como também se deturpou o regime da comunhão parcial, e então o regime matrimonial não é o da comunhão, mas "outro" regime, conforme prevê o art. 253. No regime da comunhão, os próprios atos da mulher, para os quais houve o assentimento do marido, relativos a bens seus, ou a funções suas, obrigam todos os bens do casal, e não só os bens particulares dela.

Os bens que não entram na comunhão chamam-se *próprios,* porque constituem a propriedade particular dos cônjuges. A conseqüência dúplice advém dos princípios romanos: *Ex qua persona quis lucrum capiat, elus factum proestare debet,* como acontece ao marido na comunhão; *Ubi emolumentum,* ibi et ***onus esse*** *debet, o* que vale dizer: se só à mulher aproveita, somente ela se obrigue.

d

3. *Obrigações que se fazem comuns.* Qualquer que seja o regime, somente em três casos ficam obrigados, pelos atos da mulher, os bens de ambos os cônjuges, devendo-se entender por "bens de ambos os cônjuges", não só os do casal, como também os próprios: 1 - Para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias àeconomia doméstica. III - Para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

IIII - Para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão que exercer com assentimento do marido. O que acima dissemos resulta da letra explícita do Código Civil, no art. 254: "Qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher praticar na

conformidade do art. 247.” Quanto aos incs. 1 e III do art. 247, acima transcritos, têm por si a boa doutrina: nos dois casos, a mulher pratica atos decorrentes do direito de ser alimentada e alimentar os filhos, *o* que, qualquer que seja o regime, deve pesar sobre os bens comuns e sobre os bens padiculares do marido.

Aliás, aí, não há assentimento do marido: há presunção da lei. Quanto ao inc. IIII, havia necessidade, no direito anterior à Lei nº 4.121, art. 1ª, IV, de assentimento para o exercicio da profissão (Código Civil, art.

242, VI), entendendo o Código Civil que as obrigações concernentes àindústria ou profissão, que a mulher exercia, com assentimento do marido, atingiam, na responsabilidade, os bens comuns e os proprios do marido.

Escusado é dizer-se que também atingiam os bens particulares da mulher, em qualquer dos três incisos. De *lege ferenda.* dever-se-ia ter equiparado o assentimento para exercício da profissão aos outros casos do anterior art. 242, 1 a VI, e não aos do art. 242, VIIII. Foi porque assim não se procedeu que o legislador, no art. 254, ao invés de se reportar, tão-só, ao art. 247, 1, III, se reportou, globalmente, a todo o art. 247.

4.

A referência do art. 254 ao art. 247. O art. 254 cita o art. 247, sem deixar claro ter, ou não, compreendido na citação o parágrafo único do art. 247. Surgia a questão de se saber se, considerando-se com assentimento a mulher para o exercício do emprego privado ou à profissão fora do lar conjugal, conforme se previu no art. 247, parágrafo único, as responsabilidades dela, qualquer que fosse o regime, pesavam sobre os bens comuns e particulares do marido. A resposta tinha de ser afirmativa, como o tem, hoje, independentemente do assentimento marital, pois que o art. 247, parágrafo único, constituía presunção, as obrigações contraídas pela mulher e concernentes à indústria ou profissão, foram obrigações de profissão para a qual houvera o assentimento do marido, por força da jMesunção da lei, e regidas, em conseqüência, pelo art.

247, IIII, a que indubitavelmente se reporta o art. 254.

§ 862. Efeitos do suprimento judicial

1.

Diferença *entre a eficácia do assentimento marital e a do suprimento.* Nem sempre a intervenção suprimental do juiz tem as mesmas consequências que o assentimento. Pelo menos, é o que diz o art. 245, parágrafo único, do Código Civil: "O suprimento judicial da autorização valida os atos da mulher, mas não obriga os bens próprios do marido." Não nos iludamos, contudo, com o tom dogmático da regra juridica.

Quando o marido assentia, também não ficavam obrigados os bens próprios do marido. Já o vimos no parágrafo anterior. Somente se há, ou se havia, o assentimento presumido, quer nos casos do art. 247, quer nos casos do art. 247, parágrafo único, 2ª parte, onde a lei estabelece regra especial, é que o assentimento tem, ou tinha, efeitos que o suprimento não tem, ou não tinha. Basta que se leiam os arts. 253 e 254.

2. *Regime da comunhão.* Se o regime é o da comunhão, os atos da mulher para os quais obteve suprimento judicial do assentimento marital obrigam os bens do casal; e somente os particulares dela, se outro for o regime. Exatamente como se passa a respeito do assentimento dado pelo marido (art. 253). E verdade que no final do art. 253 está escrito que os bens do marido e os comuns respondem, ainda noutro regime, se o marido assumiu conjunta-mente a responsabilidade do ato. Porém não é absurdo imaginar-se ato da mulher, praticado com suprimento judicial, no qual, conjuntamente, por deliberação posterior, participe o marido, e, então, vemos que não há nenhuma diferença entre o regime do assentimento e o regime do suprimento judicial.

3.

Caso em que os bens próprios do marido ficam obrigados. Pergunta-se:

~E há casos de suprimento

judicial em que, por força da lei (art. 254), os bens próprios do marido também ficam obrigados, — o do art.

247, IIII, onde se disse que a mulher se presume com assentimento do marido para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão, que exercer com assentimento marital. “ou suprimento do juiz”? A resposta, quando exigível esse assentimento, era negativa como, *a fortiori,* é negativa hoje, quando inexigível d

tal assentimento do marido. Interpreta-se o art. 254 sem se ferirem os princípios (art. 245, parágrafo único).

Cf. art. 255.

§ 863. Anulabilidade dos atos da mulher

1.

Consequências *da falta* de *assentimento marital. Nulidade e anulabilidade.* Os atos da mulhen para cuja prática precisa ela de assentimento marital, quando praticados sem que neles houvesse assentido o marido, são *anuláveis.* Não são nulos, como de regra se tem pensado e há julgados que o supõem. Como atos anuláveis, só lhes pode pedir a anulação a pessoa indicada por lei, dentro dos prazos que a lei fixa. Se não for proposta a ação anulatória, esgotando-se o tempo prescricional, válidos são os atos. Tornam-se, desde então, incólumes a qualquer ataque. (A ação de anulação é *ação constitutiva negativa.)* Resta saber se o juiz, excepcionalmente, pois que, de regra, só lhe cabe decretar de oficio a nulidade, tem poder para considerar anulado o ato da mulher que chegar a seu exame, sem que pessoa legitimada ativamente tenha alegado a anulabilidade. A resposta é negativa. Falta no Código Civil qualquer regra jurídica que dê ao juiz essa faculdade. O ato anulável da mulher somente pode ser anulado, a pedido das partes que a lei aponta. O

Tribunal de Justiça de São Paulo (9 de agosto de 1929, *RT* 73/310) decidiu ceda vez que a anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou sem suprimento judicial, não pode ser alegada em grau de apelação. Sem qualquer razão, desde que a lei não exige rito especial, nem, tampouco, o processo de rito ordinário, para que se pronuncie a anulação de tais atos. O que épreciso é que dos autos conste, com provas produzidas tempestiva-mente, ser casado o que pratttou o ato, não tendo obtido a outorga uxória, ou o suprimento judicial. Aliás, no caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo,

não constava dos autos a prova do casamento. Esse é que seria o motivo para se não pronunciar a anulação. Veja Tomo VI, §§ 690, 2, 4, 5; 691 e 692, 2.

2.

Ratificação. Como ato anulável, pode ser ratificado (Antônio Mendes Arouca, *Adnotationes Practicae,* 208: "... si maritus ratificaveret"). O art. 252, parágrafo único, é explícito: "A ratificação do marido, provada por instrumento público ou particular autenticado, revalida o ato." Grave questão é a de se saber se épossível pensar-se, em face de tal regra, em ratificação tácita, ou que se presuma da série de atos do marido, inclusive quando a obrigação já foi em parte cumprida por ele, ciente do vício que a inquinava.

Em 1917, dizíamos que a ratificação não pode ser tácita, nem se pode presumir de série de atos do marido, mas é escusado exigir-se quando a obrigação já foi cumprida, em parte, pelo marido, ciente do vício que a inquinava. Clovis Bevilacqua *(Código Civil comentado,* 4ª ed., III 155) também escreveu: "O Código não induz ratificação do silêncio do marido; mas a extinção da ação no prazo estabelecido produz o mesmo efeito." A despeito das vacilações da jurisprudência, a verdadeira interpretação do Código CivI é a seguinte: se o marido, em instrumento público, ou em instrumento particular autenticado, explícita ou implicitamente revalida o ato, ratificação houve, porque se subsume nos casos previstos pelo art. 252, parágrafo único, do Código Civil; se o marido, sem ser em instrumento público, ou em instrumento particular autenticado, revalida, explícita ou implicitamente o ato, da mulher, não vale, porque o Código Civil exige o instrumento público, ou o instrumento particular autenticado; se há instrumento público ou instrumento particular autenticado, mas a vontade nele contída não constitui ratificação explícita ou implícita do ato da mulher, ratificação não há, porquanto se excluiu, de todo, a ratificação verbal ou por atos. Restaria a hipótese para a qual chamamos a atenção em nossa V edição do *Tratado de Direito de Familia:* a de ter o marido cumprido, em parte, a obrigação assumida pela mulher, ciente do vicio que a inquinava. Não temos dúvida em manter a mesma solução: trata-se de obrigação da mulher, não houve erro, e pois não poderia o marido repetir o que por ela pagou, e ser-lhe-ia dado confirmá-la por novação (art. 1.008). Um dos efeitos da ratificação, quer diretamente se diga tal, quer apenas constitua assentimento posterior, é validá-la *ex tunc.*

§ 864. Revogação do assentimento marital

1. Código *Civil, art* 244. Segundo o art. 244, o assentimento marital é revogável a todo o tempo, respeitados os direitos de terceiros e os efeitos necessários dos atos iniciados. Há vários conceitos, no texto da lei, que suscitam dúvidas. A começar pela palavra "autorização". ~E revogável o assentimento marital, ou o d

assentimento marital e o suprimento judicial são revogáveis? "Direitos de terceiros" são todos aqueles que resultaram do ato praticado pela mulher, ato positivo ou ato negativo, antes de se conhecer a revogação do assentimento marital, ou do suprimento do assentimento, quando possível. „Efeitos necessários dos atos iniciados" éalguma coisa de extremamente vago, a que os autores mais indecisão emprestam, quando a eles se referem *como se* fossem algo de concreto e de facilmente inteligível. Tudo aconselha, em consequência, que se separem Os três problemas.

2.

Critica á opinião de Clovis Bevilacqua. Não se diga, como pretendia Clovis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* III, 135), que a revogabilidade do assentimento do marido seja conseqüência lógica do poder, que a lei lhe confere, de assentir em certos atos da mulher. Tanto não é consequência lógica, que a revogação ésujeita, como a denegação de assentimento, ao exame judicial, para que supra o juiz a vontade do marido.

Nada obstaria a que se considerasse irrevogável o assentimento dado pelo marido. Por outro lado, quando a lei diz que o assentimento é revogável "a todo o tempo" é bem ilusóvia a permissão, porque se hão de respeitar os direitos de tercéhos e os efeitos necessários dos atos iniciados. Temos, pois, que a revogação só se dá quanto aos atos não-iniciados e aos efeitos nºo-necessários dos atos iniciados.

3.

A questão da revogabilidade é problema aparente. A questão da revogabilidade do suprimebto judicid? é, rigorosamente. problema aparente. E tão-só isso. Suprimento judicial só judicialmente se revoga.

Quando um juiz apreciou as circunstâncias em que o marido negou assentimento, o seu pronunciamento é restrito ao que passou, ao que foi objeto do seu exame. Não seria possível pensar-se em revogação do suprimento judicial com as mesmas alegações que teve o marido quando negou o assentimento, nem com a invocação de motivos, se, ao negá-la, nenhum deles invocou. Se há circunstâncias novas, necessariamente posteriores às que foram apreciadas pelo juiz, ou, anteriores, ignoradas do marido e do juiz, então não é de revogação do suprimento judicial do assentimento marido, que se cogita, *por parte do marido,* mas de provocação do marido para que a Justiça mesma corrija o seu julgamento, que não foi acertado (recurso ou ação rescisória), ou que o foi, posto que sujeito à pressuposição de não mudarem as circunstâncias (ação de modificação). O marido tem de comparecer, mostrando que as circunstâncias mudaram e que lhe cabe, ex nunc, tolher a continuação da prática dos atos, antes com suprimento, da mulher. (Sobre o assunto da *mudança,* veja-se o nosso comentário ao art. 471,1, do Código de Processo Civil.) Posta em tais termos a questão, desaparece a controvérsia, que mais perturbou o raciocínio do que serviu ao esclarecimento das situações. Veja Tomo IIII, § 261.

4. *Os efeitos* são *sempre* ex nunc. *Suspensividade.* Os efeitos da revogação são sempre ex *nunc.* Quando a lei disse que se respeitem os direitos de terceiros e os efeitos necessários dos atos iniciados, nada mais fez que explicítar a regra de não serem retroativos os efeitos da revogação. Aliás, a revogação só tem efeitos depois da ciência da mulher, em relação a ela, e depois da ciência dos terceiros, em relação a eles. Tudo que foi praticado durante a permanência do assentimento, isto é. antes de revogação, *subsiste.* Como a própria revogação pode ser impugnada pela mulher, quando essa pede o suprimento judicial, depende da decisão do juiz a validade dos atos praticados desde a data da ciência; negado o suprimento judicial, tais atos não valem, em relação àmulher, ou em relação a terceiros cientes; concedido, nada houve que perturbasse o seguiment o dos atos que a mulher podia praticar, a despeito da discussão *inciden ter* em torno da revogação.

A revogação não tem efeito suspensivo: o pedido de suprimento judicial é que tem efeito suspensivo quanto à revogação, mas pode a sentença conferir eficácia *ex tunc* ou *ex nunc,* ressalvados os interesses do terceiro inciente.

5. *Efeitos dos atos iniciados.* Efeitos necessários dos atos iniciados são aqueles efeitos que não mais podem ser afastados sem ofensa aos próprios atos que lhes são causa. Se a mulher, que teve assentimento para vender, recebeu sinal, a revogação terá como conseqüência a restituição em dobro, mas impede a venda. A venda não é conseqüência necessária do recebimento do sinal; a consequência necessária é o pagamento em dobro, se se não efetuar a venda. Se, após o recebimento do sinal, intervier a revogação e a mulher pedir o suprimento judicial, a escritura pode ser passada pela mulher, mas será anulável o ato juridico, se lhe for negado o suprimento. Assim é que se deve entender, porque a revogação não tem efeito suspensivo: o pedido de suprimento é que tem efeito suspensivo da revogação. Feita a escritura de venda, a transferência nos registros ou a tradição, ou qualquer outra formalidade que seja de mister, é efeito necessário do ato iniciado. A procuração em causa própria, ou a procuração irrevogável, que cabia nos termos do assentimento ou no suprimento judicial, não pode ser atingida pela revogação do assentimento. A proposta de contrato, que não d

mais pode ser retirada, é incólume à revogação do assentimento marital.

6.

Impugnação do ato marital de revogação. O ato do marido, que se propõe a revogar o,assentimento marital, ou alterar, ou obter cassação do suprimento judicial, está sujeito ao mesmo ataque pela mulher que a denegação do assentimento marital. O juiz supre o assentimento marital quando o marido o nega e quando o marido revoga o assentimento dado. Na apreciação das circunstâncias em que se baseia o marido para revogar, há de o juiz ser muito prudente, a fim de evitar prejuizd~ à mulhen à continuidade dos atos iniciados, às pessoas com quem tratou, ao próprio nome da mulher, pois não são só os interesses materiais que estão em jogo, tanto mais quanto o Código Civil, no seu propósito de resguardar os interesses do marido, já estabeleceu, em geral, que o suprimento judicial valida os atos da

mulher, mas não obriga os bens próprios do marido (art.

245, parágrafo único).

7. *Forma do ato de revogação.* O Código Civil não exigiu publicidade especial à revogação por parte do marido. Quanto à forma, revogação é negação de assentimento, *ex nunc,* de modo que a revogação deve constar de instrumento público, ou de instrumento particular autenticado. Pode ser, além disso, por meio de intimação judicial. Qualquer, porém, que seja a forma da revogação, excluída qualquer revogação verbal ou resultante de atos que devam ser interpretados como revogatórios, só tem efeitos da data em que a mulher conheceu o seu conteúdo, ou, em relação aos terceiros, da data em que cada um dos terceiros o conheceu. O

simples registro no cartório em que foi registrado o assentimento só tem efeitos em relação aos terceiros que, pelas circunstâncias, *o* devam conhecer. A revogação por instrumento público não constitui presunção de que os terceiros a conhecessem, nem retira ao marido o ônus de provar a ciência por parte daqueles que trataram com a mulher.

8. *Direitos de terceiros.* Se dos atos praticados pela mulher não provieram direitos de terceiros, mas sofreram eles prejuízos com a revogação, cabe ao marido indenizá-los.

§ 865. Conseqüências da falta de assentimento

1.

Falta de assentimento e falta de suprimento. A falta de assentimento direto ou suprimental, por isso que deixa a mulher casada sem o adminiculo da vontade do marido, invalida o ato que ela praticar (Código Civil, art. 252). Não se trata de nulidade, nem de ato inexistente, mas de anulabilidade, cabendo sanar-se pela ratificação. Não pode ser invocada a invalidade senão por aquele em cujo favor foi estabelecida, e dentro de certo prazo. Daí estatuir o Código Civil que essa invalidade pode ser alegada pelo marido ou por seus herdeiros,

até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal, o que vale dizer: dentro em dois anos, após a morte da mulher ou do marido, após a separação judicial, após o divórcio, ou após a nulidade ou a anulação do casamento (arts. 252, 178, § 79, VIII, e, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 2ª, 1-1V). A própria mulher era dado alegar até quatro anos após a dissolução da sociedade conjugal — no direito anterior, tal era a doutrina; segundo ele, ninguém podia contravir o ato próprio, salvo quando inútil ou nulo (assim, Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* III, 341: "... quod licet nemo possit venire contra factum proprium, tamen auditur contra factum suum mutile, et nuílum"). Por isso, desenvolvêramos a teoria do Código Civil no direito brasileiro, ao tempo da primeira redação do Código Civil. Foi porém suprimido o art. 178, § 99, V, *d,* pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919. Os herdeiros da mulher não podem promover a anulação dos atos praticados por ela sem assentimento marital. Aos herdeiros do marido, pois que são interessados nos atos pelos quais se alienam ou se obrigam bens comuns, cabem as mesmas ações que caberiam ao marido. Não se lhes transfere o direito do marido de anular os atos relativos aos bens particulares da mulher. Disse Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 86): "Quando, porém, o contrato feito pela mulher é daqueles que obrigam os bens comuns, então a ação para anulá-lo é transferivel aos herdeiros do marido, os quais, se fossem privados dela, ficariam desarmados para defender ou reaver seus direitos comprometidos pelo ato anulável."

Desfeito o ato, repõe-se tudo no antigo estado: volta a coisa invalidamente transferida, restitui-se o valor ou objeto recebido em contraprestação. Nas doações, torna o objeto doado ao autor da liberalidade, sendo de notar-se que, no caso de doação pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, é ao cônjuge inocente que se dá a torna, que dele pode livremente dispor (arts. 1.177 e 248, IV). Para os que haviam recebido a doação, cessam d

os encargos aceitos. Veja Tomo IV, §§ 364, 4, 383, 6, 7, 386, 1, 2, 413, 3, e 424, 2, 8, 13, 14.

2. Ações *respectivas.* No art. 249 estatui o Código Civil: "As ações fundadas nos ~ III, IIII, IV e VI do artigo antecedente competem à mulher e aos seus herdeiros. O marido não pode promover a anulação dos seus atos, efetuados sem a outorga uxória.

É uma das conseqüências do art. 249, que se afastou, claramente, do direito anterior.

Resta saber-se se, sendo o marido herdeiro da mulher, pode exercer, na qualidade de herdeiro, a ação que não lhe caberia como marido. Seria ir contra um ato seu, e ir inutilmente, porque, no sistema do Código Civil, a anulação dos atos de um cônjuge por falta da outorga do outro, não no exime de responder por seus bens particulares. A doutrina tem descurado a leitura do art. 255, parágrafo único, que é onde está o principio capital da responsabilidade do cônjuge cujo ato foi anulado. Daí o engano de 1 M. de Carvalho Santos (Código *Civil Interpretado,* IV, 459) quando permite, em certos casos, que o marido vá a juízo contra o fato próprio. E contrário aos principios e à sistemática do Código Civil. Aliás, quando a mulher vai a juízo independentemente de assentimento marital e a sua vitória prejudica terceiro, o Código Civil não isenta o marido das responsabilidades e é o que explicito está no art. 250: "Salvo o caso do nº IV do art. 248, fica ao terceiro, prejudicado com a sentença favorável à mulher, o direito regressivo contra o marido ou seus herdeiros.

3.

Reivindicações de bens pela mulher Quando a mulher reivindica bens, móveis ou imóveis, que o marido doou ou transferiu àconcubina, esteja, ou não, a mulher em companhia do marido, a donatária, ou o terceiro prejudicado não tem direito regressivo contra o marido, ou contra os seus herdeiros. Isso não quer dizer que o terceiro prejudicado não tenha direito de haver da concubina, ou de quem houve o bem, o dinheiro, ou o valor, por que o comprou. Em todos os outros casos, cabe a ação regressiva contra o marido, ou seus herdeiros. E o que diz o art. 250. Mas está claro que o conteúdo de tal direito regressivo tem de ser dado pelo art. 255 e por seu parágrafo único.

4.

O *Código Civil, art. 255 e seu parágrafo único. A Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919.* As regras juridicas do art. 255 e do seu parágrafo único não são de fácit exploração lógica, e os aplicadores da lei hão de ter o máximo cuidado em ajustar os casos concretos a cada uma das proposições, distintas entre si, que se contêm nos dois trechos legais.

Diz o art. 255: “A anulação dos atos de um cônjuge por falta da outorga indispensável do outro, importa ficar o primeiro obrigado pela importância da vantagem, que do ato anulado lhe haja advindo, a ele, ao consorte ou ao casal.“ Aqui, nenhuma distinção se faz entre o terceiro de boa-fé e o terceiro de má-fé. Trata-se, tão-só, de ação de enriquecimento injustificado. Se existe qualquer proveito, isto é, enriquecimento, “vantagem, conforme a expressão do Código Civil, pode o terceiro pedir à mulher que o indenize do prejuizo, até o valor dessa vantagem, quer tenha sido para a própria mulher, *para o marido,* ou para o casal.

Antes da Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, outra era a redação do art. 255: “A anulação dos atos de um cônjuge por falta de outorga indispensável do outro, importa em ficar obrigado aquele pela importãncia da vantagem, que do ato anulado haja advindo a esse cônjuge, aos dois, ou ao casal.” A regra é que seja legitimado passivo da ação de enriquecimento injustificado o que se locupletou com o ato anulado; exceções só há quando a lei mesma quebra o nexo causal entre o sujeito do enriquecimento e a passividade para a ação respectiva. Na primeira redação do Código Civil, ficava a mulher obrigada até a importância da vantagem que lhe adviesse do ato anulado, ou que do ato anulado adviesse *aos dois, ou ao casal.* Na redação adotada pela Lei nº 3.725, basta que o outro cônjuge haja tido vantagem, para que responda o cônjuge responsável pelo defdto do ato jurídico. O fundamento, que se pode encontrar, para tal atitude excepcional do legislador de 1919, é o de que, aproveitando ao outro cônjuge o ato anulado, beneficia, indiretamente, aquele que precisava da vontade do outro e procedeu sem ela.

5.

Terceiro de boa-fé e terceiro de má-fé. No texto do art. 255 nenhuma distinção, conforme já dissemos, se criou entre o terceiro de boa-fé e o terceiro de má-fé. Nele, só se cuida da responsabilidade do cônjuge que precisava de outorga e não na teve. No parágrafo único, feriu-se *o* ponto da responsabilidade perante os terceiros de boa-fé: “Quando o cônjuge responsável pelo ato anulado não tiver bens particulares, que bastem, o dano aos terceiros de boa-fé se comporá pelos bens comuns, na razão do proveito que lucrar o casal.” Quer dizer que, se o terceiro estava de má-fé, os bens comuns não respondem, ainda que lucrado tivesse o casal. O

terceiro de má-fé, se o outro cônjuge lucrou ou se lucrou o casal, somente pode responsabilizar o cônjuge que precisava da vontade do outro e infringiu a lei. Temos, pois, como pressupostos para a responsabilidade dos bens comuns: *a)* existência de bens comuns, qualquer que seja o regime, e não bastarem os particulares do culpado; *b)* boa-fé do terceiro, entendendo-se por boa-fé a ignorância de precisar o cônjuge da outorga do outro; *c)* proveito ao casal, considerando-se como tal o proveito comunicado, ou o proveito a ambos os cônjuges, separadamente. No último caso, ter-se-á de aplicar o art. 255, *verbis* "vantagem, que do ato anulado *lhe* haja advindo, *a ele, ao consorte* ou ao casal"; ou, provada a boa-fé, propor-se a ação contra os dois cônjuges, respondendo cada um pelo que lucrou do ato anulado. Aqui, a ação de enriquecimento injustificado é concebida com inteira correspondência entre o sujeito do enriquecimento e o legitimado passivo, que, *ex hypothesi,* são os dois cônjuges, sendo porém de notar-se que, quanto ao cônjuge que não foi o culpado da anulação, isto é, contra aquele que tinha de assentir e não assentiu, os seus bens particulares não respondem: somente responde a sua parte nos bens comuns, e responde na razão do proveito que tal cônjuge houve. Os comentadores não têm prestado atenção à construção da lei, deixando-se influenciar por leitura de outras legislações, com o que se tem conturbado, em muito, a interpretação do art. 255, e do seu parágrafo único.

6.

Vantagens ao casal, a ambos ou a um só dos cônjuges. Resta saber se, não tendo havido nenhuma vantagem ao casal, nem a ambos, separadamente, nem a qualquer dos cônjuges, cabe ação do terceiro, ainda de boa-fé, contra o cônjuge que precisava da outorga do outro e não na teve. Escusado é pensar-se em qualquer responsabilidade do que deveria assentir. No art. 255, a vantagem é pressuposto da ação do terceiro, seja de boa-fé, ou seja de má-fé. Também no art. 255, parágrafo único, o proveito é pressuposto da ação do terceiro de boa-fé. Em nenhum lugar do Código Civil há principio em que se possam apoiar os intérpretes para responsabilizar o cônjuge que precisava da outorga, ainda por seus bens particulares, pelos danos que haja sofrido, com o seu ato, o terceiro, se não houve proveito. Dir-se-á que isso resulta de principio geral de direito civil segundo o qual quem contrata assume a responsabilidade pela validade do contrato e

responde pelos danos que causar ao outro contratante, se ocultou alguma causa que o infirmasse. Tal principio estaria implicito no art. 158 do Código Civil, onde se lê: "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e, não sendo possivel restitui-las, serão indenizadas com o equivalente." No direito de família, não há tal regra jurídica, desde que o art. 255 e o parágrafo único são exaustivos. Nada mais perigoso do que, onde a lei de direito de família fixou os princípios, estar-se a invocar a Parte Geral do Código Civil.

Sem razão, portanto, todos os que, interpretando o Código Civil, se opuseram à proposição: "Se nenhuma vantagem adveio ao casal, nem ao marido, nem à mulher, não pode exigir reparação o terceiro de boa ou de má-fé." Aceitar-se a opinião contrária seria inutilizar-se o sistema do art. 255 e seu parágrafo único. Todavia, é de invocar-se o art. 159 ou a chamada culpa in *contrabendo.*

9. *Ato da mulher* e *fiança.* A anulação do ato da mulher não implica a invalidade da fiança que outrem houvesse prestado para assegurar o seu implemento, nem, sequer, a invalidade da fiança do próprio marido dada a série de atos da mulher, que possam caber na fiança, sem caberem em assentimento marital (art. 1.488).

10.

Mulher e responsabilidade perante o alter. Se se trata de atos perante a comunidade, o *alter,* a mulher obriga-se pela aparência, segundo os princípios.

7. *As três hipóteses.* Três são, portanto, as hipóteses: 1. Existindo qualquer proveito, pode o terceiro havê‟-lo da mulher, quer esse terceiro tenha intervindo de boa ou de má-fé. III. Se da vantagem lucrou o casal, o terceiro de boa-fé pode cobrá-la dos bens comuns, se os da mulher não bastam. IIII. Se nenhuma vantagem adveio ao casal, nem ao marido, nem à mulher, não lha pode exigir o terceiro de boa ou de má-fé (cf. art. 157:

"Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.").

8. *Delito.* Se, ao lado do ato do cônjuge, que foi anulado por falta da vontade do outro, houve delito do que o praticou, então não é o prejuízo em virtude da anulação, que o outro contraente há de pedir, — é o prejuízo decorrente do ato ilícito do cônjuge, indenização *ex delicto,* que nada tem com o direito de família.

d

Capítulo IV

Regime Matrimonial de Bens

§ 866. Noção de regime matrimonial de bens

1.

Regime *de bens no casamento.* Quando os escritores procuram fixar a noção de regime matrimonial de bens, são vítimas, muitas vezes, de dois enganos: discutem, a respeito dela, o problema da determinação do conceito de comunhão, como se a comunidade de alguns bens fosse essencial aos regimes matrimoniais, e discorrem sobre os traços comuns ou diferenciais entre a comunhão matrimonial e outras figuras do direito, como a comunhão simples, a sociedade e a mão-comum germânica; ou deixam de atender a que regime matrimonial de bens e a eficácia jurídica do casamento não são conceitos coextensivos uma vez que as limitações à atividade do marido e da mulher, ainda quando sejam concernentes aos bens, podem ser simples efeitos pessoais do casamento, sem qualquer ligação ao regime matrimonial adotado pelos cônjuges ou imposto pela lei.

2.

Regímes Quem fala de regime matrimonial de bens restringe, desde logo, a noção do regime. Porque somente cogita de regime matrimonial A *noção-mater* é a de regime. Regime de bens é o conjunto de regras, mais ou menos orgânico, que estabelece para certos bens, ou para os bens subjetivamente caracterizados, *sisteaia de destina çâo* e de *efeitos.* Assim, é possível falar-se de regime dos bens sujeitos à lei *Torrens,* de regime de zonas militarmente vigiadas de regime das minas consideradas de imediata utilidade para a defesa nacional e de regime matrimonial de bens.

O

adjetivo “matrimonial” mostra que é o fato do casamento O ponto e o elemento determinantes da lei que decide da propriedade, do gozo, uso e fruto e da administração dos bens que tocam aos cônjuges. São dois sujeitos de direito que se encontram e passam a seguir juntos. Normalmente, cada um é titular atual ou eventual de bens. O regime

diz se esses bens, que cada um traz, ou que cada um adquire, continuam a ser particulares, ou se são comunicados, de modo a pertencerem a ambos os cônjuges, em comunhão. Diz mais: como se percebem os frutos e como se administram tais bens. E ainda de notar-se que o regime matrimonial de bens não apresenta o só aspecto positivo. Quer dizer: não se limita a ditar normas sobre a propriedade, gozo, uso e fruto, ou administração dos bens que cada cônjuge leva na data do casamento, ou depois adquire.

O regime matrimonial de bens também estatui sobre os elementos negativos, como as dividas e outras responsabilidades assumidas por um cônjuge ou por ambos. O problema da classificação e significação da comunhão matrimonial é um dos mais discutidos, no direito privado. Em todo o caso, posto que haja sempre, nos diferentes regimes, algo que se comunica, ou que se pode comunicar, evitemos tratar dele quando apenas está em causa o conceito de regime matrimonial de bens. O lugar mais próprio é o Capitulo III, sobre a comunhão universal.

3.

Os regimes matrimoniais no Código Civil. A matéria do regime dos bens entre cônjuges foi objeto do Título IIII do Código Civil, Parte Especial, Livro 1 (Do Direito de Família). Divide-se o Titulo em seis Capitulos: o 1 contém as disposições gerais; o III discorre sobre o regime da comunhão ~wiversal; o IIII, sobre o regime da comunhão parcial; o IV, sobre o regime da separação; o V, sobre o regime dotal; o VI, sobre as doações antenupciais. E um tanto chocante que primeiro se houvesse tratado dos regimes e depois das doações antenupciais, necessariamente anteriores ao casamento e sujeitas a certas regras de direito comum que são estranhas aos regimes matrimoniais de bens. O Capítulo 1 compõe-se de seis artigos: o art. 256, parágrafo único, 1 e III, alude aos pactos antenupciais, mediante os quais se altera o esquema legal, fundado em vontade presumida, da comunhão universal de bens, que é o regime *comum* do Brasil; o art. 257, 1 e III, fala de convenções ou cláusulas que se têm por não-escritas; o art. 258, parágrafo único, 1-1V, firma a tradição do regime comum, com algumas exceções, de interesse público, a favor do regime da separação de bens; o art.

259 quer que, ainda quando não seja *o* da comunhão de bens o regime adotado, prevaleçam onde o pacto foi omisso, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos; o art. 260, I-IIII, aponta as

figuras jurídicas que assume o marido quando tenha a posse dos bens particulares da mulher; finalmente, o art. 261 cuida da publicidade das convenções ante-nupciais, que passaram a só ter efeitos para com terceiros depois da d

transcrição.

4.

Regimes e *efeitos pessoais do casamento.* Todas as regras jurídicas são verdadeiras regras jurídicas gerais sobre o regime de comunhão dos bens entre cônjuges. Vale dizer: não se confundem com os efeitos *pessoais* do casamento, assunto do Título 11, e podem ser invocadas por pessoas que adotaram o regime comum ou outro regime legal, ou, ainda, alguma forma composta. Somente o art. 260, I-IIII, poderia ser dissociado em três regras jurídicas, uma vez que o inc. 1 supõe o rendimento comum (arts. 262, 265, 271, V, e 289, III), o inc. III, o mandato, expresso ou tácito, para a administração (art. 311), e o inc. IIII, o não ser o marido usufrutuário, ou administrador (arts. 269, III, 276 e 310).

§ 867. Regime de bens no direito romano

1.

Comunhâo de vida entre os cônjuqes; "ninho" *e casamento.* A comunhão de vida, que o casamento cria entre o marido e a mulher, influi sobre os bens que ambos trazem ou que um traz, Ou que ambos adquirem, ou que um só adquire. Tal influência évista pelos legisladores, que procuram as regras juridicas próprias Para decidir sobre a propriedade, o gozo, o uso, o fruto e a administração dos bens. Há, portanto, o *dado* social, com a apresentação de toda uma série de problemas técnicos, para cuja solução levam os povos seus coeficientes de preconceitos, de claridades e de planos sociais. Se descemos na escala zoológica.

encontramos o germe do *regramento conjugal* no fato simples, mas sociologicamente de extraordinária importância, que é o da *nidificaçâo.* A Sociologia contemporânea tem prestado a máxima

atenção ao ninho, que representa a concreção do intuito de permanência a serviço da espécie, ao mesmo tempo que a congregação de esforços para assegurar, em meio instável, fatores estáveis, que sejam favoráveis ao nascimento, à alimentação e aos primeiros atos verdadeiramente educativos do animal. E inegável que durante o tempo em que o ninho serve ao par sexual e aos filhos, com as variantes extremamente sutis dos direitos de cada um, existe comunidade de bens, ora baseada na convergência de esforços para a construção, ora na simples destinação comum do esforço de um só.

2.

Simetria entre homem e mulher A maior ou menor simetria entre o homem e a mulher, no plano social, reflete-se no sistema de regimes matrimoniais de bens, de modo que a sujeição da propriedade, do gozo, do uso, do fruto e da administração dos bens ao ato jurídico do casamento não teve, nem tem, entre os povos, o mesmo fundamento e a mesma eficácia. A história humana poderia ser lida, em linhas gerais, na história dos regimes matrimoniais. E a história da vida do par andrógino: mas, também, a história trágica da sujeição humana entre os sexos. As leis são as mesmas que regem, sociologitamente, as relações entre senhor de terras e trabalhador de terras, donos de *atéliers* de pescaria e pescadores servis. Senhores e escravos, aristocratas e servos da gleba.

3. *Direito romano.* No direito romano, se o casamento era acompanhado da manus, saia a mulher da sua família e entrava na do marido, como se fora filha *(loco filíae),* se o esposo era *suí iuris,* ou equiparada à neta, se estava o esposo submetido ao pátrio poder (Gaio, III, § 159: "Idem iuris est et in uxoris persona quae in manu est, quia filiae loco est. et in nuru quae in manu filIII est, quia neptis loco est"), e como tal o seu patrimônio era absorvido *per uniuersitatem.* Em caso de matrimônio sem *manus,* cada cônjuge conservava o seu patrimônio; e, como era justo que a mulher contribuísse para os encargos do consórcio, entrou em uso o dote, conjunto de bens que passavam definitivamente ao marido e aumentavam a sucessão paterna dos filhos (Paulo, L. 1, D., de *jure dot is,* 23, 3: "Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit"). Sob Justiniano, a aquisição universal caiu em desuso. Quanto ao dote, desde o sexto século de Roma, aqueles princípios iniciais já se haviam modificado. A freqüência dos divórcios trouxera a

prática de se juntar à constituição do dote cláusula pela qual o marido se obrigava, em caso de divórcio, a restituir à mulher soma determinada, que representava a totalidade ou parte do dote. Na ausência da própria cláusula, a mulher repudiada podia recobrar os bens dotais mediante ação especial. Tal ação, a principio de caráter penal, pois que só se usava em casos de repúdio injusto (donde chamar-se ação *iniusti repudIII),* foi estendida ao caso de dissolução do casamento por morte do marido, apresentando, ao fim do sétimo século, os caracteres de verdadeira ação de restituição, como remédio para o adimplemento de obrigação nascida quase *ex contractu.*

d

§ 868. Regime de bens no direito germânico

1. *Fontes germânicas.* São bem incertas as fontes que nos informam sobre o direito germânico dos tempos primeiros, no tocante às relações bonitárias dos cônjuges. Na época franca, a administração dos bens da mulher pelo marido devia ter tido feição apenas tutelar: pois que o marido sucedia ao pai da mulher, na defesa dessa, cabia-lhe direito de administração, com fundamento no dever de garantia. Ainda assim, aos poucos, a mulher passou a ter uma parte, até que, antes mesmo da nossa era, se firmou o adágio de que os casados deviam dividir entre si fortuna e miséria.

2.

Regime igualitário; Francos, Visigodos, Lombardos, Burgúndios. Se bem que os Romanos houvessem permitido entre os cônjuges a *societas omnium bonorum,* os costumes foram-lhes hostis, e é possível que alguns casos de comunhão a que os romanistas fazem referência tenham sido imitação dos povos chamados

"bárbaros". Faltou ao direito romano a noção de regime *igualitá rio* entre os cônjuges, que o próprio direito canônico não reconheceu (Trigo de Loureiro, *Direito Civil Brasileiro,* 1, § 31, 114; Antônio da Gama, *Decisiones,* 414: "... ius commune in casu isto non est Romanorum, sed nostri regni), e que nos vem imediatamente dos costumes ibéricos e remotamente dos Francos, através dos costumes

trazidos pelos Visigodos que, embora deixassem, como os Lombardos e os Burgúndios, aos povos conquistados as leis que já os regiam, transfundiam aos vencidos o melhor das suas usanças, mais tarde tiradas da prática, *inveterata consuetudo,* para a recepção reinícola, significativa, das Ordenaçóes Afonsinas.

3. *Direito romano.* Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Titulo 12, fala-se de casamento pot‟carta de

“ametade‟ e “segundo o costume do Rei”. Todavia, tal costume não era geral, ou, pelo menos, sem exceções.

Lugares havia em que permanecia a tradição romana, praticando-se o regime dotal, ou de separação de bens, como acontecia aos Sul do Tejo, conforme atestam MeIo Freire, Correia Teles e Coelho da Rryha. Foi a Ordenação Manuelina do Livro IV, Titulo 7, que pôs termo à diversidade, estabelecendo o regime da comunhão universal sempre que se não convencionasse o contrário. E assim ficou.

§ 869. Regime matrimonial de bens no direito brasileiro

1.

O mais puro regime de comunhâo universal foi do Brasil. Foi o Brasil o pais em que mais puro se encontrou, *outrora,* o regime da comunhão universal de bens, com a peculiaridade, ainda, de ter sido o regime legal quando nada ~e convencionasse em contrário. Teve-se assim, em solo americano, a permanência de instituto cuja origem é puramente germãnica. Enquanto os Portugueses cederam à influência dos seus vizinhos europeus, renegando a tradição lusitana, perseverou o Brasil no direito com que, por bem dizer, nasceu, e para o qual encontrou nos seus impulsos afetivos, se não a justificação, pelo menos a razão da sua plácida conservação. E digno de nota que foram raros os pactos antenupciais no Brasil, *ao* passo que em tratado português de direito civil (Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito* Civil, VI, 285) se disse que a comunhão universal de bens “é letra morta nos Códigos modernos

2. *Origem germânica.* Por ser de origem germânica, através das

Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), o regime da comunhão universal de bens entre cônjuges, é erro recorrer-se ao direito romano e ao direito canônico para se interpretar o direito brasileiro, sempre que está em causa comunidade de bens ou de obrigações entre casados. MeIo Freire *(Institutiones, III*, 8, § 3, nota 151) reconhecia a origem visigótica da comunhão de bens; e outra não era a opinião de 5. Stryk, de Álvaro Valasco e de outros. Manuel de Almeida e Sousa, em página assaz interessante de legislação comparada *(Notas de Uso Prático,* III. 308-313), escreveu (312): "E pois erro e pedantismo fundamentarem alguns doutos esta comunhão no direito romano e canônico, quando ela não tem nem pode ter fundamento algum nesses direitos, como justamente diz o nosso MeIo. E um erro conseqúente do primeiro decidir as questões pelas regras do direito romano, em que esta comunhão não tem fundamento. Devendo pelo contrário decidir-se pelos costumes da nossa, e das mais nações, autorizadas pelas leis, pela natureza, e razões dos mesmos costumes."

3.

Costume e com unhão universal. Além da autoridade do costume, a comunhão universal de bens sempre teve por si juristas de peso, sendo de notar-se que o aprovavam duas sumidades, das maiores que tenha d

tido o direito, 5. Stryk e Álvaro Valasco. Desde que se permitem alterações e se prevêem os casos em que é desaconselhada a comunhão, estabelecendo a lei, cogentemente, o regime legal da separação, é dificil presumir-se, no estado atual do direito brasileiro sobre casamento, outra vontade dos cônjuges que a de serem comunicáveis os seus bens parcial ou universal-mente. *De lege Jerenda,* não havia, portanto, razão para se exprobrar aos autores do Código Civil o terem continuado na esteira de um direito que vem de tão longe, mas tão profundamente se arraigou no Brasil. Teremos ensejo de mostrar que os próprios estrangeiros que se fixam no país não raro pensam e procedem *como* se os bens de cada cônjuge se tivessem de comunicar. Reação do espírito coletivo sobre o espirito individual. Ambiência contra forças centrifugas de caráter alienigena. Os tribunais, principalmente a antiga Corte de Apelação e atual Tribunal de Justiça de São Paulo, tiveram de enfrentar questões extremamente delicadas, quais as que resultavam de cônjuges italianos que se casaram no Brasil e procederam, à semelhança dos cônjuges brasileiros, ou à semelhança dos seus filhos brasileiros, com o

pensamento de ser *comum* tudo que ganhavam. Não só: alguns julgados tiveram de recorrer à noção de sociedade ou à noção de comunhão de direito das obrigações, ou de direito das coisas, para atender à obra de justiça no reconhecimento dªserem comuns certos bens adquiridos no Brasil por estrangeiros casados fora do Brasil mas completamente absorvidos pelo meio brasileiro. Casamento, comunhão de esforços, às vezes ingentes, para a aquisição da fortuna, sacrifícios em comum, solidariedade assídua e constante, tudo isso concorria para que os estrangeiros e imigrados se deixassem seduzir, inconscientemente, pelas formas pitas de legislação em que o par andrógino tem função civilizadora e, dadas as condições do trabalho da terra e da economia mesma, heróica. Certo, o legislador poderia ter de início tomado algumas cautelas mais precisas e eficazes a favor da mulher, mas nada aconselhava que se excluisse à época da edição do Código Civil o regime da comunhão universal como, então, o regime *legal* do Brasil. Um dos pontos a serem retocados é exatamente aquele em que se impõe a separação de bens, abstratamente, a favor de menores, quando, con-cretamente, isto é, *in casu,* a comunhão seria mais proveitosa para eles. O art. 258, parágrafo único, tratou a matéria com evidente excesso de apriorismo. Tornar obrigatório o regime da separação de bens quando se teme que o casamento se faça para aproveitamentO de alguém, sendo rico exatamente esse alguém, éproteger *cortando o protegido.* A medida que formos comentan *do os* artigos do Código Civil, apontaremos os lugares que merecem ser revistos.

4.

Escolha de regime e presunção. A lei deixa aos contraentes, salvo casos especiais, a liberdade de escolherem o regime que *há de reger* o patrimônio de ambos; mas a instituição de regime, qualquer que seja, é de tão relevante interesse público e particular, que se tornou necessário *presumir-se* a existência de pacto *tácito,* a fim de se submeterem os bens dos cônjuges a um dos sistemas cardiais. Em nosso direito — por mercê de velhissimo costume — o regime que se reputava acordado, se outra convenção não o pré-excluia, era, já o dissemos, o da comunhão universal de bens. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, rompeu com a tradição e estabeleceu que, inexistindo diversa convenção válida, se reputa acordado o regime da comunhão parcial. Tal regra juridica, que se tem no art. 258, é, pois, *ius dispositivum.*

Lê-se em Álvaro Valasco *(Opera Omnia,* li, 3): “lus autem huius regni

ex *antiquissima* huius regni *consuetudine* in legem expressam redactum, disponit, quod simpliciter matrimonium contrahentes, intelligantur contraxisse per chartam *communicationis omnium bonorum praesentium et futurorum."* Tal comunhão universal de bens é o último elo da evolução do comunismo familial que os Visigodos instilaram nos costumes portugueses, e nós conservamos até a edição da Lei nº 6.515, art. 50, presumido, em sua feição última, — nota de originalidade, mas significativa de profundo tradicionalismo. Nesse regime, tal como o possuímos, *comunicatio* bonorum *praesentiuni et futurorijm,* tornam-se comuns entre os cônjuges os bens com que cada um entra para o casal e os que de futuro adquirem, por título oneroso ou gratuito, salvas as exceções impostas pela lei: *omnia bona praesen tia* et *futura, tam adquisita, quam adquirenda.* MeIo Freire *(Institutiones,* III, 165) viu bem a origem: Communio bonorum ex matrimonio simpliciter, et sine ulia adiectione contracto hodie resultat, et haec est Regni consuetudo ... Apud Wisigothos bonorum communio, seu societas particularis erat

5.

Função da comunhão de bens na vida familiar. A comunhão universal, por isso mesmo que acarreta solidariedade maior entre os cônjuges e pressupõe maior confiança recíproca, fundindo-lhes o patrimônio como o vinculo matrimonial os associara, não podia ser o melhor regime para certas pessoas incapazes, ou por sua idade inaptas para fruir, em igualdade de situações, as; vantagens da vida conjugal.

Os escritores portugueses e brasileiros sempre fora:m entusiastas do regime da comunhão. Para não citarmos Jorge (de Cabedo, Manuel Álvares Pêgas, Antônio Mendes Arouca, Gabriel Pereira e outros, em que já se torna fastidiosa a contínua explicação do caráter consuetudinário e antigo desse regime, limitemo-nos a lembrar Lafaiete Rodrigues Pereira e Clovis Bevilacqua, c(ontemporâneos e insuspeitos, dado o conhecimento de ambos das legislações modernas *e* das tendências por assim dizer disjuntivas dias opiniões atuais. "Em sua d

natureza e efejlo a comunhão é por cento o regime que mais se coaduna com a indole da sociedade conjugad", escreveu Lafaiete, e "a comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e o destino dos cônjuges e contribui poderosamente para fortificá-la e consolidá-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro" *(Direitos de Família,*

98). Não foi menos favorável Bkvilacqua:

"Es;te favor especial, esta pronunciada predileção pelo regime da comunhão, entre nós, explica-se bem por estar ele em acordo mais plieno com a índole da união conjugal" *(Direito da Família,* 230).

6.

Obrigatoriedade excepcional do regime da separação de bens.

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: *a)* Dos sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, que não obtiveram para casar o assentimento do pai, tutor ou curador. A proibição de se comunicarem os bens se um dos cônjuges for menor estribava-se a principio em opiniões de doutrinadores, principalmente Caídas, a quem seguiram Pêgas, Almeida e Sousa e outros (Francisco Caídas, *Ana Ipticus Commentario sive ad Typum Instr. Emtionis et X/enditionis Tractatus,* 125: "... in his regnis minorem ducentem uxorem, citra iudicis auctoritatem bona quae habet, minime communicare cum uxore, constat namque). *b)* Dos homens menores de dezoito anos e das mulheres menores de dezesseis. *c)* Do viúvo ou da viúva que tiver filho do cônjuge falecido, se contraiu as novas núpcias sem ultimar inventário dos bens do casal e dar partilha aos herdeiros. *d)* Da mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, se o novo contrato matrimonial se efetuou antes de completados trezentos dias, a partir da data da viuvez ou da separação judicial, salvo se dentro desse prazo deu à luz algum filho. Se houver nascido antes do novo casamento algum filho, a separação não éobrigatória. O fim da lei, quando procura, pelo impedimento matrimonial, evitar a *turbatio sanguinis,* a incerteza da paternidade, *generationis incertitudo,* não é outro que o de acautelar os direitos do concebido. Nascido ele, cessa o impedimento; mas ainda terá o recém-nascido a protegê-lo a exigência do inventário, uma vez que ele seja filho concebido na constância do leito antenor (Código Civil, art. 338,11), o que se dá no caso de anulação de casamento, ou dissolução do matrimônio válido ou putativo.

e) Do tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, se o casamento se realizou antes de cessar a tutela ou curatela e de se saldarem as respectivas contas, salvo se houve permissão paterna ou materna manifestada por escrito autêntico ou em testamento (Código Civil, art. 183, XV). Se a comunhão não fosse proibida, poderia o tutor

casar com a tutelada, ou concorrer para o casamento dela com algum de seus parentes, a fim de se eximir indiretamente das obrigações e responsabilidades da tutoria. Do juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfã ou viúva da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo se concedeu licença especial a autoridade judicial superior. *g)* Do maior de sessenta anos e da maior de cinqUenta. *h)* Do órfão de pai e mãe, embora case, quando sob a tutela ou curatela, com o assentimento de tutor ou curador. *i)* De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (Código Civil, arts. 258, IV, 183, XI, 384, IIII, 426,1, e 453); quer dizer: denegado pelo pai, tutor ou curador o assentimento para casar, pode o menor contrair validamente o matrimônio, se o juiz lhe der suprimento; porém não haverá em qualquer desses casos a comunhão de bens.

Diz o art. 226: "No casamento com infração do art. 183, nº XI a XVI, é obrigatório o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro." O regime é o da separação, e não o da comunhão parcial de bens (Supremo Tribunal Federal, 8 de novembro de 1948, *Ai* 92/206). Isso não quer dizer que, fora do regime matrimonial, os cônjuges não possam negocialmente pôr em comum bens, ou adquirir em comum (comunhão simples), distinguindo-se os dois patrimônios, segundo tal comunhão negocialmente estabelecida. As doações que não podem ser feitas são as anteriores ao casamento: feitas, são *nulas* (a respeito convém advertir-se em que o voto no acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 2 de janeiro de 1945, *Ai* 74/309, é fora de toda a justiça, um amontoado de referências a direito estrangeiro, contra lei expressa do direito brasileiro; ceda, a Q Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 6 de abril de 1948, *RT*

174/ 679: "As duas doações são nulas *pleno ivre,* embora uma delas tenha sido feita antes do casamento. E

isso porque a dita doação, concertada na iminência do casamento, não perde o caráter fraudatório do preceito legal de ordem pública. Acontece, entretanto, que as ditas doações foram confirmadas em disposição testamentária. Valem, pois, como simples legadús, a descontar da meação disponível do testador"; aliás, não há confirmação de ato jurídico nulo, mas novo ato jurídico). O art. 155 não incide em matéria de doações previstas pelo art. 226, 2ªparte (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de julho de 1941, 133/190).

d

§ 870. Se o regime de bens é necessário

1.

Norma dos interesses econômicos. O regime matrimonial dos bens estabelece a norma dos interesses econômicos dos cônjuges, quer entre si, quer nas suas relações com terceiros. Abre, pois, em ângulo: para o outro cônjuge e para com aqueles que com eles ou com um deles trata.

Não se diga que é consequência *necessária* do casamento. Pode existir casamento sem regime matrimonial de bens, isto é, todos os interesses dos cônjuges entre si e nas suas relações com terceiros ficariam sob as regras de direito das obrigações e de direito das coisas, sem qualquer influência do fato e da situação do casamento.

Dependeria do direito positivo. Mas, para que tal se desse, seria preciso não só que a separação dos bens fosse absoluta, *como* se não *tivesse havido e não houvesse casamento,* como também que a mulher e o homem não precisassem da vontade, expressa ou tácita, do outro cônjuge para a prática dos atos que dizem respeito aos bens. Aliás, se só existe a exigência sem se estabelecer qualquer limitação na circulação dos bens, como simples formalidade, embora seguida de sanções de nulidade e de anulação, ainda não *há* regime matrimonial de bens. E de alta relevância distinguir-se o que é exclusivamente efeito pessoal do casamento, se bem que para atos relativos a bens, do que é regime matrimonial de bens, pois os estatutos (principalmente no plano do direito internacional privado) podem ser diferentes.

2.

Se o regime é conseqOência necessária do casamento. Se o regime matrimonial de bens não é consequência *necessária* do casamento, de modo que não seja verdadeira a proposição: Onde há casamento há regime matrimonial de bens", se bem que o seja no direito brasileiro e nos sistemas jurídicos conhecidos, erro seria aconselhar-se a

concepção de leis sobre casamento em que se não adotasse regime matrimonial *comum;* quer dizer: em que se permitisse o nada de regime matrimonial de bens. Primeiro, porque na ordem mesma dos fatos o casamento produz comunidade de vida, mais ou menos duradoura e estável. Segundo, o regime da separação, quanto não é absoluta, constitui regime matrimonial de bens e adverte quanto à lei que regula os encargos do casal, os poderes do marido sobre os bens da mulher e os da mulher sobre os bens comuns, ou do marido. A administração mesma, inclusive dos móveis que formam o lar, ou do imóvel que o casal ocupa, suscita questões sobre as quais é preciso que algo se *resolva,* levando-se em conta a situação jurídico-moral e econômico-afetiva que o casamento engendra.

Os cônjuges não adquirem sempre para ambos; nem qualquer deles só para si, Bastaria isso para sugerir que se regulassem as relações de ambos e de cada um deles para com terceiros. Se atendermos a que a vida em comum dos que não são casados traz situações típicas, suscetíveis de aparição no campo do direito, facilmente perceberemos que o vazio de regime matrimonial de bens, sobre ser fora da tradição dos sistemas jurídicos, representaria indiferença reprovável do legislador a fatos da vida. Nota-se na jurisprudência certa tendência a interpretar as relações entre amantes como parafamiliais e a buscar no direito de família, se não a analogia, a norma inspiradora para a decisão de certas questões. E com toda a razão.

3.

Concubinatus; *cânones de Santo Hipálito; Concílio de Trento.* Se é certo que, sob a República, o direito romano via no *concubinatus* só o fato, irrelevante para o direito, salvo em certos pontos de direito penal, a legislação de Augusto iniciou o período da atenção da lei ao que a vida apontava. O termo *concubinatus* passou a ser *jurídico,* como bem observou Sabino. Foi a Igreja mais longe ainda: os *Canones Sancti Hippolvti* entenderam que o Cristão que vivia com uma *concubina specialis,* da qual nasceu filho, não podia repudiá-la para se casar com outra mulher, salvo se lhe foi infiel *(nisi forte* in *formicatione illam deprehenderit).* E interessante observar-se a luta e melhor diríamos a experiência moral em que se empenharam Santos e Papas, uns favoráveis àtransformação da união livre em matrimônio, e outros à repulsa da concubina e à instalação de vida cristã com outra mulher. No Concílio de Trento a discussão em torno do concubinato foi notável. Houve quem quisesse penas severas, houve quem se

satisfizesse com o direito comum, a que tudo se deixaria, e — a despeito da prudência seguida — os padres de diferentes países continuaram a reputar delito eclesiástico o concubinato e a persegui-lo com toda a violência, inclusive o exilio.

d

4.

Figuras jurídicas que compõem o regime matrimonial de bens. Os elementos principais com que se urde a trama dos regimes matrimoniais de bens são os conceitos de propriedade e os que o compõem, de compropriedade, de gozo, de usufruto, uso, fruto, tutela (no sentido mais amplo), depósito, mandato. Certo é, porém, que nenhum dos conceitos seria suficiente para a explicação do que se passa e toda alusão às figuras, quando se está no terreno próprio dos regimes matrimoniais de bens, vale apenas devolução de uma a outra parte do direito civil, de modo que o direito de família não perca a primeira plana. Nos casos em que o marido responde como usufrutuário, mandatário, ou depositário, a responsabilidade dele é *de direito de família,* e não *de direito das coisas* ou *de direito das obrigações.* As regras dos outros ramos do direito civil ou são subsidiárias ou conteúdo das regras de direito de família.

§ 871. Coexistência de regramentos

1.

Situações nascidas antes do casamento e regime de bens. O regime matrimonial de bens pode coexistir com situações, anteriores ou estabelecidas simultânea ou posteriormente, regidas por outras normas de direito não-matrimonial. Assim, a sociedade existente entre dois noivos, ou entre eles e outras pessoas, o condomínio em que são titulares do direito real, o contrato em que são credores ou devedores solidários ou em que um é credor e outro devedor, a própria ação no processo em que são sujeitos ativos ou passivos, ou um, sujeito ativo, e

outro, passivo, persistem incólumes, se não é consequência mesma do regime o apagamento ou a suspensão de tais relações jurídicas.

2. *Exclusão de bens.* Por outro lado, nada obsta a que, se há bens excluídos da comunhão, ou se algum deles são especialmente destinados à prática de certos atos, o marido seja sócio da mulher, ou a mulher e o marido entrem para alguma sociedade com percentagem distinta, de igual valor ou não.

3. *Situações criadas fora do direito matrimonial.* Sempre que se pergunta se pode coexistir com o regime matrimonial de bens a situação criada, fora do direito matrimonial, entre marido e mulher, ou entre eles ou algum deles e terceiro ou terceiros, a solução tem de levar em conta que a própria comunhão universal não se opóe à destinação especial de bens fora do direito matrimonial, desde que não importe negação mesma do regime, e que, *na dúvida,* se há de decidir pela possível coexistência ou compatibilidade.

§ 872. Escolha do regramento

1. *Diferença entre escolha do regime matrimonial de bens e escolha do regramento.* O que o Código Civil, art. 256, verdadeiramente permite não é só a escolha do regime matrimonial, de que deu as estruturas, mas a do *regramento matrimonial dos bens.* Não facultou só adotar-se o regime da comunhão universal, ou o da comunhão limitada, o~ o da separação, ou o dotal, e sim isso ou a criação mesma de regime não-previsto, desde que não constitua expropriação disfarçada dos bens de um cônjuge por outro, ou ameaça de dano a terceiro. Seria, por exemplo, contra o *princípio da igualdade* que caracteriza a instituição do casamento contemporâneo que se estipulasse a cqmunhão dos bens provindos de um dos cônjuges, e a não-comiunhão dos bens provindos do outro, se bem que tal situação possa resultar da lei, como penalidade, nos casos do art.

232, 1 e III, já antes estudado.

2.

Princípio da igualdade e diferentes normas para os bens do marido e os bens da mulher. Não ofende o *princípio da igualdade* a adoção de regras diferentes para os bens do marido e para os bens da mulher desde que o resultado não se afaste da percentagem que se reputa permitida, no direito comum, aos contratos. Em todo o caso, não se justificaria que o regime de bens criado pelos cônjuges cogitasse, desigualmente, dos bens futuros, a ponto de poder infringir as regras sobre doações, posto que nenhuma invocação caiba de tais regras se, formuladas *in abstracto,* da aplicação delas resulta que um cônjuge obteve a metade do que o outro possuia e veio a possuir, sem haver levado, na data do casamento, ao casal qualquer valor e sem o ter levado posteriormente. Aqui, a igualdade preestabelecida e *in abstracto* cobre qualquer desigualdade e qualquer violação concreta das normas que limitam o valor das doações. E doação, porém, e como tal se rege, a disposição do pacto antenupcial em que se dá a comunhão do que se tem (e só um noivo tem ou tem acima do que o outro tem), na data da assinatura do pacto ou na data do casamento, e nenhuma comunhão se quer dos adquiridos.

d

Só a permanência da comunhão, coexistente com a permanência da sociedade conjugal, justifica que se dê a comunhão concreta e desde logo: a eventual prosperidade do outro cônjuge compensaria a prosperidade atual do alienante.

§ 873. Regimes no direito brasileiro

1.

Liberdade de escolha e regras *cogentes.* A lei civil, atendendo a que a situação e as relações econômicas entre os cônjuges merecem cuidado especial, procura deixar, quanto possível, em harmonia a liberdade inerente ao caráter jurídico do contrato matrimonial e certas limitações que no interesse de um dos cônjuges a razão e a experiência adotaram como valiosas. Desses intuitos de legislação especial surgiu complexo de modificações relevantes nos princípios gerais que regulam o direito de propriedade; e essas alterações, se bem que diretamente entendam com a teoria dos direitos reais e pessoais, fazem parte, como conseqüências imediatas do casamento, do que se

chama direito de família.

Os vários regimes e as feições da sociedade conjugal, quanto aos bens, derivam, portanto, da dupla necessidade *a)* de se conservar a natureza essencíalmente contratual do matrimônio e *b)* de se submeter o casamento, nesse ponto, como em muitos outros, a certas regras de interesse social.

2. Os *quatro regimes.* Quanto aos regimes de bens de casamento, o direito brasileiro permite quatro espécies cardiais: *a)* o regime da comunhão universal; *b)* o regime da comunhão parcial; *c)* o regime da separação de bens; *d)* o regime dotal. Faculta-se aos contraentes, salvo o caso de separação obrigatória, escolher um desses regimes, ou modificá-los e combiná-los entre si; e nada obsta a que convencionem a separação de certos bens e a comunhão de outros, regulando-se cada espécie pelos princípios do regime a que é sujeita. Para isso, é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver, salvo se o pacto contém matéria oposta aos bons costumes, à moral e à lei: "Possunt matrimonia celebrari, intervenientibus quibuscumque pactionibus inter partes factis a principio, et haec pactiones servandae sint" (Jorge de Cabedo, *Decisiones,* d. 183, nº 3, 359; Álvaro Valasco, *Opera Omnia,* III, 91 qula omnia pacta, apposita in contr~tu dotis, sunt approbata et servanda, nisi reperantur expresse prohibita").

3. *Os pactos só se referem aos bens.* Os pactos só se podem referir aos bens. Seria indecorosa e iniurídica a convenção que obrigasse o marido a não habitar com a rRulher, a dar-lhe *ab initio* assentimento marital para vender, comerciar, estar em juizo etc.; como se oporia à lei a que tirasse à mulher o direito de alimento e a que obrigasse ambos a possuírem os bens em nome de outrem a fim de se elidir a sucessão legítima dos ascendentes ou dos descendentes.

4. O Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Nada tinha com o regime em si, sendo apenas *efeito anexo* dos regimes que não sejam o da comunhão universal, o que estatuíram os arts. 17 e 18 do Decreto-Lei nº

3.200, de 19 de abril de 1941. Dissera o art. 17, cujas regras jurídicas

são, hoje, elemento compósito do Código Civil, art. 1.611, §§ U e 22: "Á Brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, caberá, por parte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal, e de metade, se os não houver." O art. 18, revogado pela Lei nº 2.514, de 27 de junho de 1955, atendera ao interesse dos filhos: "Os Brasileiros, filhos de casal sob regime que exclua a comunhão universal, receberão, em partilha por morte de qualquer dos cônjuges, metade dos bens do cônjuge sobrevivente, adquiridos na constância da sociedade conjugal." -

§ 874. Liberdade de convenção antematrimonial

1. *Tradição luso-brasileira.* E tradicional, no direito luso-brasileiro, a liberdade de convenção antenupcial.

Caracterizou o velho direito português estrito respeito dos costumes locais, nos quais a diferente composição, assim de sangue como de direito, se refletia, dando laivos de romanismo, de germanismo e de infiltrações feudais, além de certo coeficiente de direito canônico. A simpatia pelo regime da comunhão universal de bens, d

generalizando-se, levou o esclarecido pensamento legislativo do Reino a considerar regime legal o da comunhão universal de bens. Não foi *imposição.* Não foi a escolha de solução legal, que se impusesse aos Municípios portugueses. Em alguns deles, ao tempo das Ordenações Afonsinas, ainda era de mister a convenção expressa, para que se entendessem comunicáveis todos os bens dos cônjuges. Na maioria, porém, tal regime era conhecido como o regime "segundo o costume do Reino". As Ordenações Manuelinas (Livro IV, Titulo 7) nada mais fizeram que completar o pensamento que se desenvolvia, pois nas anteriores Ordenações o costume era *do Reino,* e não dos Municipios. Operou-se, por esse modo, a unidade do direito português, conforme lei de evolução social, em que transparece a marcha para as maiores simetrias e integrações.

2. *As Ordenaçóes Filipinas.* Seja como for, o legislador português partia da liberdade de convenção antenupcial, tanto assim que atendia à

inveterata consuetudo, permitia as convenções e somente onde não as houvesse tinha como regime legal o da comunhão universal de bens. As Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 46) seguiram a trilha das anteriores e disseram: “Todos os casamentos feitos em nossos Remos e Senhorios se entendem serem feitos por Cada de ametade, salvo quando entre as Partes outra coisa for acordada.” A estrutura da regra jurídica é assaz conhecida dos juristas. Formula-se a regra cogente para o caso em que não haja vontade das partes. Donde, em verdade, haver, em primeira plana, o principio da liberdade convencional; depois, a norma para o caso em que as partes não tenham usado dessa liberdade. O regime legal da comunhão de bens, outrora e hoje, resulta de regra jurídica *dispositiva.*

3. *Falta de pacto, pacto nulo no todo ou em parte.* Duas espécies foram previstas pelo legislador brasileiro: *a)* a de não haver pacto antenupcial; *b)* a de haver convenção ou pacto, ou ser nulo, ou ter sido parcialmente tido p r nulo. Para todos os casos, estatuiu o art. 256 do Código Civil: “E licito aos nubentes, antes de cele 9

brado o

casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312).” Referindo-se, explicitamente, a uma e a outra hipótese, insiste o art. 258: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhãoiparcialj“ E ainda reitera o art. 259:

“Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto àcomunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

4.

Pacto de esposos e pacto de cônjuges. Alguns sistemas juridicos permitem a convenção pré-nupcial e a convenção pós-nupcial, isto é, o pacto feito pelos nubentes ou esposos e o pacto feito pelos cônjuges. O

direito brasileiro não anuiu em tal permissão. A liberdade só se refere às convenções pré-nupciais. Já o art.

230 do Código Civil postulou que o regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável. Assim,

nenhum valor tem qualquer pacto feito no minuto que se seguir à celebração do casamento, ou qualquer outro, em qualquer tempo de permanência do vínculo, salva a hipótese dos arts. 32 *pr.,* e 46, parágrafo único, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Se houve sentença de separação judicial, cessou o regime matrimonial dos bens. Reconciliando-se os cônjuges, é-lhes licito restabelecer a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, uma vez que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

5. *Princípio da variedade dos regimes.* Os princípios que dominam o direito brasileiro e, em geral, o dos povos contemporâneos são o da *variedade* dos regimes matrimoniais e o da *liberdade das convenções matrimoniais,* prévias no direito brasileiro. Quer dizer: o Código Civil, salvo excepcionalmente, não impõe o regime. O principio de liberdade permite não só escolher um dos regimes previstos e regulados como também *modificá-los, combiná-los* ou, até, *adotar-se* o de outro direito ou algum regime que tenha sido criado por alguém, em livro, artigo, ou folheto de propaganda. Completa o quadro principal a norma da *imutabilidade do regime,* que oportunamente estudaremos. Quem diz imutabilidade de regime diz vedação de convenções pós-nupciais, quer tenham por fito mudar o regime, quer modifiquem, por pouco que seja, o que existe, desde a data do casamento. Não é exceção a situação que resulta da reconciliação dos cõnjuges separados judicialmente.

d

§ *875.* O pacto antenupelal como negócio jurídico 1. *Ato de direito de família e Parte Geral.* Por vezes temos dito que os negócios de direito de família, principalmente o casamento, só às vezes se submetem às regras da Parte Geral do Código Civil. Cabe-nos mostrar a que ponto vale esse principio de interpretação das leis e de taxinomia jurídica para os pactos antenupciais. A questão ganha em ser posta de modo concreto: ~Os pactos ante-nupciais, feitos por escritura pública e seguidos de casamento, podem ser anulados ou julgados nulos por outros motivos? São somente nulos se não se

fizeram por escritura pública, ou se se não lhes seguiu casamento, observados os arts. 82-113, 145-158 do Código Civil? Se podem ser julgados nulos ou anulados por outros motivos, cumpre saber-se quais são esses motivos. Teremos ensejo de ver que não são *todos* os outros motivos pelos quais se julgam nulos ou se anulam os atos jurídicos.

2. *Ato jurídico em si mesmo.* Havemos de começar pelo exame do ato jurídico em si. Os pactos antenupciais podem ser feitos entre os noivos pessoalmente, porém não por seus mandatários (Código Civil, art. 74) e é-

lhes aplicável a regra do art. 74, parágrafo único, que diz: "Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição pende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições falíveis." O Código Civil diz que a representação é possível, nas aquisições de direitos, porém tal principio não se aplica aos pactos antenupciais. Não há representação a tal respeito .jrata-se de matéria de direito de família, de modo que só se admite representação onde a lei explicitamente o diz ou resulta de necessidade decorrente da natureza do próprio negócio jurídico.

3. *Capacidade para os pactos.* Os que(podem casar, no direito brasileiro, são, de regra, pessoas capazes ou relativamente incapazes (Código Civil, art. 183, XIII: "As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito não podem casar"). Resta saber se o menor que obteve assentimento do pai, tutor ou curador, para casar, pode pactuar antenupcialmente, sem ser de mister assentimento especial. Não figuramos o caso de tal menor casar sem assentimento do pai, tutor ou curador, e sem suprimento judicial, porquanto para tal menor criou a lei a obrigatoriedade da separação de bens (art. 258, parágrafo único, 1). Tampouco seria de cogitar-se das espécies em que houve intervenção judicial, uma vez que o art. 258, parágrafo único, faz obrigatório o regime da separação de bens no casamento de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (arts. 258, parágrafo único, IV, 183, Xl, 384, IIII, 426, 1, e 453). Ou o menor que obteve assentimento do pai, do tutor, ou do curador, se entende estar apto aos pactos antenupciais, ou precisa da assistência especial nos pactos. A melhor solução é a última, pois que assentir no casamento não é assentir nos pactos antenupciais: é anuir em que se case o menor, favorecido pelo regime da comunhão de bens, ou em que se case o menor de acordo com as cautelas que o pai, o tutor, ou o

curador, indique. E de mister a assistência prevista nos arts. 6ª, 1, e 79ª Cumpre ainda notar-se que o assentimento para o casamento dos menores de vinte e um anos é de ambos os pais (Código Civil, arts. 185, 186); ao passo que a assistência é do pai, do tutor, ou do curador. Hão de ser tratadas separadamente as duas exigências legais. Exemplo frisante é o que decorre do art. 187, que permite, até à celebração do matrimônio, retratarem os pais, tutores, ou curadores, o seu assentimento. A assistência ao pacto antenupcial não é retratável. Se houve a retratação de que fala o art. 187, é possível o suprimento judicial do assentimento, e o casamento, uma vez realizado, dará toda a vida e toda a validade ao pacto antenupcial.

4. *Os arts. 75-80 do Código Civil.* Os arts. 75-80 são assaz gerais para que nenhuma exceção se lhes faça em direito de família.

Como ato jurídico, o pacto antenupcial requer agente capaz, assunto que foi tratado, objeto lícito e forma legal (art. 82). E certo que o art. 257 disse considerar-se não-escrita a convenção, ou a cláusula, que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos, ou que contravenha disposição absoluta da lei. Tal preceito tem de ser suficientemente comentado. Observemos, porém, desde já, que não são tais motivos os únicos que dizem respeito à ilicitude do objeto. Além da queda imaginada pelo legislador no art. 257, existe a que resulta da regra geral sobre ilicitude. Diz o art. 145, III, espelhando o art. 82, que é nulo o ato jurídico quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. Ora, a impossibilidade física e a impossibilidade moral cortam, com igual agudeza, todos os atos jurídicos, assim de direito das coisas como de direito das obrigações, ou das sucessões, ou de direito de família, salvo onde não possa ser indagada a ilicitude, o que exige regra expressa, ou quando o instituto mesmo obrigue a dilatação ou exclusão do conceito. Não é o que acontece com os pactos antenupciais. São pactos de caráter econômico, se bem que ligados ao fato jurídico do casamento, e sujeitos, d

inteiramente, ao art. 145, III.

5. *Forma dos pactos.* Quanto à forma, o assunto foi assaz simplificado com o art. 256, que previu, imperativamente, para a feitura, a escritura pública. Essa é, na matéria dos pactos antenupciais, a forma prescrita em lei (arts. 82, 145, IIII), ou, nos termos do art. 130, a

"forma especial", determinada em lei. O art.

130 prevê a nulidade quando uma forma especial é fixada, porém o art. 256, parágrafo único, preferiu ser explícito: "Serão nulas tais convenções: 1 - Não se fazendo por escritura pública."

§ 876. Conteúdo dos pactos antenupciais

1.

Classificação do pacto antenupcial. O pacto antenupcial éfigura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento, mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, ou do que quer que se convencione; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento.

2.

O objeto dos pactos antenupciais. Quanto a seu objeto, os pactos antenupciais, soem conter: 1 -

Convenções matrimoniais propriamente ditas, modificativas ou excludentes do regime legal, se se apontam bens incomunicáveis, ou subordinados a sub-rogação, ou se se adota o regime da separação ou o dotal. III -

Cláusulas que inventariam ou discriminam os bens com que cada nubente entrará para a comunhão ou para o regime que se escolheu. IIII - As doações antenupciais, regidas pelos arts. 312-314, que são ato jurídico complexo, em parte de direito de família e em parte de direito das obrigações. IV - Cláusulas descritivas e estimativas dos bens que constituem o dote (art. 278).

§ 877. Elementos próprios e estranhos dos pactos antenupelais

1. *Eficácia e início dela.* O pacto antenupcial, ou convenção antenupcial, ou, ainda, contrato antenupcial, é o nome aproximativo que se dá ao *negócio* de *direito de família* pelo qual se estabelece o regime dos bens entre os cônjuges. Tem especifica-mente por objeto determinar a norma do patrimônio dos nubentes, *a partir do casamento.* Onde se estipula sobre interesses, *anteriormente ao casamento,* a convenção é antenupcial, pois que precedeu ao casamento, porém não é ato de direito de família com que se prefixa regime matrimonial dos bens. Assim, se alguém diz que doa, ou vende a outrem, com quem vai casar, certo bem, não se tem, ai, pacto antenupcial, no sentido que aqui se lhe dá, mas contrato de doação ou de venda e compra com a condição suspensiva de casamento ou resolutiva de não se realizar o casamento, contrato regido pelo direito da obrigações, a despeito da ligação condicional ao matrimônio previsto. Precede o casamento, tem-no como condição; todavia, não é negócio jurídico de direito de família.

2. *Contrato dentro do pacto antenupcial.* Também é possível que se faça contrato, dentro da escritura pública do pacto antenupcial, para efeitos de direitos das obrigações, posteriores ao casamento. Desde que não marque regime matrimonial de bens, escapa ao direito de família.

3. *A* condicio iuris do *casamento.* Assim, o pacto antenupcial, figura objetiva de direito de família, é algo de solene e ligado ao matrimônio sem ser por simples condição: a *condicio juris* de se casarem os nubentes exerce, ai, função que é inseparável, essencial, e a intervenção eventual de parentes, ou amigos, pode ser exclusivamente familial, deferencial, inclusive só *honoris causa.*

Em virtude de ser ato jurídico de direito de família, escapa ele a certos princípios da Parte Geral, do direito das obrigações, do direito das coisas e do direito das sucessões.

4.

Facto antenupcial e regime matrimonial de bens. Dadas as regras do Código Civil para os casos de nenhuma convenção ou de convenção insuficiente, os nubentes que pretendem escapar ao regime legal têm

de d

fazer contrato de casamento para que outro regime se estabeleça, ou que se modifique o regime da comunhão parcial. Ocorrem a respeito expedientes delicados e engenhosos com que os nubentes resolvem certos problemas derivados da situação da fortuna de cada um e de certas circunstâncias particulares, subjetivas (às vezes profissionais), ou de circunstâncias objetivas.

5. *Elementos estranhos ao pacto antenupcial.* Os elementos estranhos ao pacto antenupcial regem-se pela lei respectiva. Se foi, por exemplo, escolhido o regime da separação de bens com a promessa de venda de cedo imóvel, pertencente à mulher, ao marido, pelo preço x, para que nele habitem os cônjuges, tal promessa de venda é condicionada ao casamento, porém regida pelo direito das obrigações. O mesmo quanto a opções.

6. *Elementos estranhos* à *eficácia.* Os elementos estranhos ao pacto antenupcial podem ser de direito de familia e terem, como tais, as suas regras próprias, como o reconhecimento do filho, que não é suscetível de condição ou de termo, de modo que vale a despeito de se não realizar o casamento. Se esse vier a celebrar se, o *reconhecimento,* por outro princípio de direito de família cogente, se transformará em *legitima* ção. Se não se celebrar, cai o pacto antenupcíal, menos o reconhecimento.

7.

Separabilidade dos elementos estranhos. Todos os elementos estranhos ao pacto antenupcial se hão de tratar como separáveis dele, e ele mesmo é tido como divisível (principio da divisibilidade do pacto antenupcial), o que permite viciações só parciais, consequências diferentes das nulidades e outros acidentes incontagiáveis ao todo do negócio jurídico.

8. *Bons costumes.* As convenções antenupciais contrárias aos bons costumes são pouco frequentes. A solenidade do casamento e a sua significação no curso da vida repelem certas imoralidades aparentes.

Todavia, há as questões clássicas do pacto antenupcial a favor dos pais

de um dos nubentes, ou de ambos, para aquisição do assentimento paterno, e a cláusula de doação sob condição de não recasar o outro cônjuge (condição de viduídade). Também éimoral a convenção de continuar a mulher a usar o nome do amante com quem não se casou ou o do marido que faleceu.

9.

Cláusulas reputadas não-escritas. São reputadas não-escritas, por contravirem disposição absoluta de lei (Código Civil, art. 257, III): 1 - A de exclusão da incidência do art. 260, 1,11 e IIII. III - A de renúncia à hipoteca legal sobre os bens imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens padiculares da mulher, sujeitos à administração marital (art. 827, 1). IIII - A de desigualdade entre a parte de ativo na comunhão e a parte de passivo a ser suportada. IV - A que fixa a incidência em outro dia que o da celebração do casamento (art. 230). V - A que permita revogação do regime ou de cláusulas (art. 230). VI - A de renúncia ao direito de pedir judicialmente a separação do dote (art. 308). VIII - A de proibição de doações entre os casados, porque seria criar-se incapacidade extralegal.

10.

O art. 629 do Código Civil. O Código Civil, no art. 629, estatui que “a todo tempo será licito ao condômino exigir a divisão da coisa comum”. E no parágrafo único: “Podem, porêm, os consortes acordar que fique indivisa por termo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior.” No art. 630, cogitou dos casos dos bens doados ou recebidos por testamento: “Se a indivisão for condição estabelecida pelo doador, ou testador, entende-se que foi somente por cinco anos.” Onde esta‟” condição‟ leia-se “cláusula‟; e tenha-se a regra como cogente. Se os nubentes adotaram condomínio de alguma coisa, no plano do direito das coisas, se bem que no pacto antenupcial (o que se não presume, pois a comunhão assente no ato do pacto se entende, ainda na dúvida, de direito de família), claro que não podem escapar ao art. 629 e seu parágrafo único. Se em doação, a indivisão é para o qúinqúênio. Se o ato é de direito de família, isto é, se o pacto antenupcial não foi só o repositório formal, a convenção de indivisão, ainda que apenas referente a certos bens apontados, é parte do regime adotado e pode ser para mais de cinco anos, sendo mesmo de presumir-se tão duradoura quanto a sociedade conjugal. Para além dessa, é ineficaz (Corte de Metz, 3 de julho de 1855; de Bruxelas, 18

de maio de 1887).

d

§ 878 Termo e condição

1.

Se o regime de bens pode ser a termo ou sob condição. ~O regime de bens pode ser a termo ou sob condição? O art. 230 estatui que o "regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, ei é irrevogável". Assim, não é possível *suspender-se* o vigor do regime, de modo que fique subordinado a termo ou condição. No direito francês, o art. 1.399, na redação anterior à Lei nº 65-570, de 13

de julho de 1965, que introduziu modificações nos regimes matrimoniais, possuía regra semelhante, relativa à comunhão, de modo que se discutia a aplicabilidade do art. 1.399 aos outros regimes. Mas havia o art. 1.395

concernente às convenções matrimoniais em geral: "Elles ne peuvent recevoir aucun changement aprês la célébration du mariage." Comecemos por advertir em que as convenções que não constituem o pacto antenupcial propriamente dito e as doações entre noivos ou durante o casamento escapam à proibição legal.

Quanto às condições e termos, cumpre reexaminar-se a questão. A jurisprudência e a doutrina francesa são, a esse propósito, demasiado simplista (e.g., Th. Huc, Baudry-Lacantínerie,J. Le Courtois e E. Surville, Marcel Nast).

2.

O art. 230 do Código Civil. Certo, não se pode dizer, sem nulidade (Código Civil brasileiro, art. 116, 2ªparte), que o regime matrimonial

dos bens entre os cõnjuges será o da separaçao de bens se até o terceiro ano não nasceu algum filho, ou que sera o da comunhão mas só a partir do dia x, após o casamento. Num e noutro caso, infringiu-se o art. 230. Se, porém, foi dito que o regime é o da comunhão, devendo ser bem próprio da mulher o que ela herdar nos dois primeiros anos, tudo é perfeitamente válido. Outrossim, se foi estipulado que os bens *a, b* e *c* só serão comunicáveis se nascer algum filho dentro dos três primeiros anos, porque, aí, o regime começou à data do casamento e a cláusula apenas dispõe sobre a sorte de tais bens que se comunicarão se a condição se verificar. Faça-se o mesmo raciocínio a respeito dos termos.

3. *Condições e termos resolutivos.* Quanto às condições resolutivas e quanto aos termos resolutivos, vale a cláusula que se referir a determinados bens, não a que for concernente ao regime. Exemp!o: o bem *a* ou *b,* ou os bens *a* e *b* comunicar-se-ão, devendo, porém, ser divididos e ficar cada parte ao seu dono, se lei fiscal vier a exigir a divisão. Porque se tratou o bem, ou se trataram os bens, como objeto de direito das coisas, e não de direito de família. Se é o regime mesmo que se subordina a condição resolutiva, — com a realização dela, cabendo efeito retroativo, o regime condicionado não *foi:* só *houve um,* o legal, mas condicionado. Sem efeito retroativo, o que depende da expressão da vontade, dois regimes se sucederiam, o que se não coaduna com a irrevogabilidade e permanência, só excetuadas para o caso eventual do art. 46, parágrafo único, da Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977. Num ***e*** noutro caso, a segurança jurídica seria nenhuma.

Tal condição se reputa não-escrita, ou cai todo o pacto antenupcial de regime?

4.

Resolutividade. O art. 257, III, é argumento a favor da primeira solução, porque não se trata de impossibilidade jurídica da condição, mas de *resolução* juridicamente impossível. A resolutividade é que se há de reputar não-escrita; não o regime, que começou a vigorar e é irrevogável, irresolúvel, incancelável.

5.

Termo resolutivo. O termo resolutivo tem-se como não-escrito. Viciado é ele, sem que vicie.

§ 879. Caráter do regime legal

1.

Silêncio da partes; regime *legal dispositivo.* No caso de silêncio, a lei determina o regim[a]dos bens entre cônjuges. Se uma das pessoas ou ambas estão sujeitas a regime legal obrigatário, não cabe levar-se em conta o querer dela ou delas, porque é a lei mesma que se desinteressa de qualquer expressão de vontade.

Assim, a questão do caráter do regime legal não pode ser posta para as duas espécies: regime legal dispositivo, isto é, estabelecido por lei para o caso de completa ou cid insuficiente expressão da vontade das partes, de modo que o modelo da lei significa convenção tácita; regime legal *obrigatório,* ou, melhor, *cogen te,* em que a d

lei impõe as normas sobre os bens, ainda que os nubentes tenham querido, no pacto antenupcial, outra coisa.

Tratemos primeiro do regime legal *dispositivo.*

2.

O art. 258 supõe o silêncio completo, vontade civado. Quando o Código Civil, no art. 258, estatui

que, "não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial", supõe silêncio completo. Quando, no art. 259, adverte que, embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto á comunicação dos adquiridos na constância do casamento", parte de haver alguma expressão de

vontade eliminadora da comunhão e, pois, silêncio parcial. Num e noutro caso, há discussão sobre a natureza do que se estabelece: vontade do legislador, ou convenção tácita. A questão é de interesse assim teórico como prático. De um lado, argumenta-se que, considerando-se o regime legal como fundado na intenção das partes, não se compreende que valha para os casos de ser julgada nula ou anulada a convenção: seria presumir-se o que a realidade desmente, uma vez que os cônjuges manifestaram vontade diferente. Responda-se-lhe que convencionar nulamente, ou com vicio, que importe anulação, não é, *aí,* exprimir vontade. Recentemente, retomaram alguns escritores a tese de Boullenois e Odier que equiparavam o regime legal de bens aos efeitos pessoais do casamento (A. Pillet, Rapport à la Société dÉtudes législatives, *Bulletin,* 432 **5.;** E. Gounot, *Du Príncipe de l'Autonornie de la volonté en droit privé,* 108 **5.;** Marcel Nast, Régimes matrimoniaux, premiére partie, *Traité pratique de Droit civil français,* de Marcel Planiol e G. Ripert, V, 9-12), borrando a distinção. Não cabe falar-se dos Códigos Civis alemão, suíço e brasileiro como seguidores da opinião de Boullenois somente por terem incluído a regra no direito de família, e não nos contratos. Nem tudo no direito de família é sobre status. No velho direito português, a solução era no sentido da convenção tácita. A doutrina corrente em França é contra a anulação que pretendem os adeptos do regime legal fundado na lei (Dumoulin, Pothier, Aubrv e Rau, Laurent, Troplong, Guillouart, BaudrvLacantinerie, A. Colin e H. Capitant). Cedo, ao legislador é dado conceber como entenda a regra dispositiva. No direito francês e no direito brasileiro, não é de admitir-se que se haja afastado da corrente tradicional. Nem se diga que, no caso de nulidade ou de anulabilidade da convenção, há *imposição* do regime legal, porque aí se deixa de lado *vontade eivada* mas *vontade.* E

demasiado fraca a objeção: quem nulamente quis em direito não quis. O regime legal, não é, então, imposto, mas posto no lugar vazio. O que em verdade se dá é que o art. 258, mandando tratar a vontade *eivado* (nula ou anulável) como se não fosse vontade. como não-vontade, deu eficácia *ex tunc à* decretaçâo da nulidade da convenção ou pacto: tratou-se à semelhança da vontade não-existente, da não-vontade. As sentenças sobre tais convenções que se têm de reputar por nulas são, todavia, *constitutivos* negativas, com eficácia *ex* tunc, e não *declarativas.*

3.

Regime matrimonial obrigatório. Muito diferente é o que se passa com o

regime legal obrigatório, ou, melhor, cogente, do art. 258, parágrafo único. Ai, o legislador não consulta vontades, — dita a norma: „E, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento...". O grifo é nosso. Teremos ocasião de ver que a diferença entre o caráter das regras dos arts. 258 e 259 e o da regra do art. 258, parágrafo único, é cheia de ccnseqüências práticas, algumas das quais sutis e graves. Por exemplo: nunca se leva em conta o que os figurantes quiseram, a lei nova tem efeito imediato sobre as situações ainda não consumadas, a despeito da ligação do regime de bens à lei velha.

A eficácia do regime de bens oriundo de regra jurídica cogente independe de registro (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de maio de 1939, *RT* 123/554). Não se precisa de propor ação declaratária para se obter judicialmente a declaração (Suprnmo Tribunal Federal, 29 de junho de 1942, *RT* 141/777). O juiz pode declarar qual seja, *incidenter*.

É de repelir-se a opinião que, no átt. 258, parágrafo único, 1, permite o regime matrimonial da comunhão universal se não havia bens e não foi feito inventário negativo (e.g., 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 12 de agosto de 1952, *Ri* 1/90; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de outubro de 1941, *RT* 141/609); a *fortiorí,* a absurda presunção de que, se não foi feito inventário, não havia bens (1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 25 de setembro de 1945, *RE* 106/97). A declaração de ser de comunhâo de bens o regime se não foi feito inventário negativo, ou, positivo, não tendo o cânju9e viúvo dado partilha aos herdeiros, é *inexistente*.

§ 880. Nulidade e ineficácia dos pactos antenupciais

d

1.

Liberdade dos convenções; nulidade. Depois de assentar o principio da liberdade das convenções antematrimoniais, o Código Civil, no art. 256, parágrafo único, estabeleceu: "Serão nulas tais convenções: 1 -

Não se fazendo por escritura pública. III - Não se lhes seguindo o

casamento.” O conteúdo dos incisos merece exame.

2.

Pactos nulos. Temos, assim, que os pactos antenupciais são nulos, quer dizer — são eles eivadcs de invalidade, pronunciável de ofício e alegável por qualquer interessado, se se não fizeram por escritura pública, que há de ser registrada, ainda assim, no livro especial, perante o oficial do registro imobiliário do domicilio dos cônjuges (Código Civil, arts. 256, parágraf o único, e 261; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts.

167, 1,12; 167, 11, 1; 178, V), ou de qualquer deles, para ter efeitos contra ou a favor de terceiros. Se se fizeram por escritura pública, existem e valem como pactos, porém estão sujeitos a outras causas de nulidade.

Se se não registraram, são eficazes entre as partes que estipularam em escritura pública.

A despeito de a lei falar de nulidade, a espécie do art. 256, parágrafo único, III, é de *ineficácia,* com o que o superficial conhecimento juridico dos legisladores não atinou. São ineficazes os pactos se se lhes não seguir o casamento *(art.* 256, parágrafo único, III). O casamento, que se Lhes bá de scguir, é entre os pactuantes, levantando-se a questão de se saber se, rota a promessa de casar, permeando longo tempo entre o pacto e a nova promessa, de que resultou matrimônio, é eficaz o pacto feito antes do rompimento. O que se há de presumir é a reconciliação com todos os efeitos restaurativos. Outro pacto ou outra declaraçào pode ler o efeito de tirar eficãcia ao pacto antenupcial de que se cogita; mas o que se há de entender é a permanência de tudo que se estabeleceu entre os noivos, com a finalidade matrimonial. O caso do *art.* 256, parágrafo único, III, é de ineficácia; não de *nulidade,* mas de caducidade. Se não foi seguido de casamento.

O acto antenupcial não produz efeitos. E a eficácia mesma que se subordina à condição *si nuptiae sequantur.*

Condício iv ris, condição luris de eficácia, e não condição no sentido exato; condição-causa, e não determinação que poderia não existir no pacto. O que a lei exige é que o matrimônio suceda ao pacto. Não fixou o prazo dentro do qual se há de presumir não-realizável o casamento. Se se não efetua em tempo razoável, qualquer dos

contraentes pode denunciá-lo. Em todo o caso, se, no próprio pacto, acordaram as partes em período certo, para dentro dele se celebrarem as núpcias, é suscetível de eficácia a convenção e somente o é até que o prazo se extinga.

3.

Nubentes e estranhos aos *pactos.* Os pactos antenupciais têm dupla importância: a dos direitos que regulam e a das conseqüências e da significação para os estranhos. Interessam, portanto, profundamente, à sociedade, sendo acertado que se lhes exija a escritura pública como forma substancial do ato. Escritura pública é o ato do notário, com os requisitos da legislação especial, ou o termo em autos, satisfeitas as formalidades legais. Nada obsta a que, em certos casos, comoc.o de casamento para se evitar a imposição da pena, o pacto antenupcial se faça em cartório de juízo, uma vez que tenha os requisitos para valer como escritura pública. Se foi feita a convenção em escritura pública, porém argúi-se-lhe nulidade, tal alegação atinge a escritura, e não a eficácia imediata do pacto antenupcial. Será preciso promover-se a anulação ou decretação de nulidade da escritura pública, para que, decretada aquela, ou essa, se haja por nulo o pacto, em virtude do art. 256, parágrafo único, 1. E ponto, esse, de séjo interesse prático, porquanto não raro se confundem as nulidades por falta de escritura pública e as nulidades decorrentes de ser julgada nula ou anulada a escritura. Certamente, depois da sentença passada em julgado sobre a nulidade da escritura pública, as duas situações são idênticas. Enquanto, porém, não se desconstitui o instrumento público, não é possível falar-se de convenção antenupcial nenhuma, com fundamento no art. 256, parágrafo único, 1, do Código Civil.

Se se não efetua o casamento previsto, é ineficaz a convenção antenupcial. Compreende-se que assim disponha a lei: o pacto para a escolha de regime ou para a combinação de dois ou mais, ou para a alteração de um deles, ou para a adoção de forma arbitrariamente imaginada, é convenção essencialmente anterior ao casamento: somente é, pela esperança dele. A celebração constitui a condicio *iv ris* do próprio pacto, a ocorrência condicional que lhe é intrínseca. Tal convenção, por sua natureza, leva em si a condição: “habet in se tacitam condicionem, si matrimonium sequatur“ (A. Gomes, Opus super *Legibus Tauri,* 252). Se o casamento não se realizou, a condicio iuris deixou de verificar-se.

A escritura antenupcial há de constar do assento do casamento (art. 195, VIII: "O regime do casamento, com a declaração da data e do cartório e em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial, ou o legal estabelecido no Título IIII, deste livro, para outros casamentos."). Se não constou, já vimos que o registro no cartório de imóveis obvia aos inconvenientes quanto à eficácia, mas apenas em relação aos bens imóveis. Surge, porém, a contradição entre o assento, que pode se ter referido ao d

regime legal, ou a outro, ou não se ter referido a nenhum. A solução é pedir-se a retificação. Assim, na esteira de parecer nosso, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 26 de novembro de 1947 *(QD*

56/269): "Os apelados estabeleceram, como lhes faculta o art. 256 do Código Civil, e pela forma legal, isto é, mediante escritura pública, que seria de separação de bens o regime do casamento que pretendiam contrair.

Por omissão deixou essa circunstância de ficar mencionada no assento do casamento, mas, pouco tempo depois da sua celebração, percebendo-se a omissão, vieram ambos os cônjuges pedir que, pela retificação, fosse dita omissão suprida, em conformidade com o que haviam pactuado. Não se pode ai enxergar revogação ou mudança de regime desde que, como ficou dito, os nubentes haviam antes do casamento estipulado, em boa e devida forma, o regime que livremente escolheram. Tampouco poderia obstar que se procedesse à retificação, na conformidade do pactuado, a circunstância de medear entre a escritura antenupcial e a celebração do casamento cerca de onze meses. A lei não estabelece prazo para validade do pacto antenupcial e assim, na espécie, o tempo decorrido não constituiria obstáculo a que, ao celebrar-se o casamento, ficasse consignado o regime assim escolhido e portanto não pode ser, tampouco, empecilho para a devida retificação." Situação mais delicada apresentou-se à 4ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1940 *(RT* 130/588): divergência entre o pacto antenupcial e o assento do casamento. A 4ª Câmara achou que, in casu, era o assento elemento interpretativo do pacto, que falara em comunhão, e não em comunhão universal, enquanto o assento foi claro em se tratar de comunhão parcial. Mas — advirtamos — de nenhum elemento interpretativo se haveria de cogitar se o pacto antenupcial houvesse aludido a regime comum, ou a comunhão universal, ou regime dotal, ou de separação.

4.

Pessoas da família *que* neles podem *intervir.* Não é causa de nulidade figurarem, nos pactos antenupciais, ascendentes, parentes, ou estranhos, que também sejam figurantes de atos jurídicos ligados ao casamento que se prevê, ou interessados, normalmente, em quaisquer das disposições, ou declarações dos noivos. Mas há de haver número legal de testemunhas instrumentárias, observado o art. 142, 1 a V.

5.

Capacidade. Além da espécie de nulidade e da espécie de ineficácia de que trata o art. 256, parágrafo único, há as nulidades concernentes a todo negócio jurídico de oydem patrimonial. Exige-se a capacidade matrimonial, de modo qu~ não podem fazer pactos antenupciais os que não podem casar. Exige-se-lhe mais o ser licito e possível o seu objeto. Se faltou a assistência requerida em lei, éanulável com fundamento no art.

147, 1, o pacto antenupcial. Também o é por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (arts.

147,11, e 86-113). Se somente anulável, pode ser ratificado pelas partes, ressalvados os direitos de terceiros (art. 148, alínea 1ª) A ratificação retroage à data do ato. Não se diga que retroagem as ratificações à data da celebração do casamento. Ratifica-se o ato; não se ratificam efeitos. Não só o Código Civil diz que „a ratificação retroage à data do ato" (art. 148, alínea 2ª), como também resulta dos princípios que a ratificação, retroagindo à data do ato juridico, o se celebrou, já o fosse. depois do casamento. torna válido como se, na ocasião em que Nada importa que a ratificação só se dê

6.

Efeitos das *anulabilidades.* As anulabilidades dos pactos ante-nupciais só têm efeitos depois de julgadas por sentença, e não se pronunciam de oficio. Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade (art. 152, pr). A invalidade parcial de ato antenupcial não o prejudica, na parte válida, se essa é separável (art. 153, V parte).

Se o menor, sem capacidade nupcial, dolosamente ocultou que tinha

mais de dezesseis anos, porém menos de dezoito, não pode pedir a anulação do pacto antenupdaí (art. 155). Anulado o pacto antenupcial, restituem-se as partes ao estado em que antes se achavam; não sendo possível a restituição, indenizam-se com o equivalente (art. 158).

§ 881. Convenção ou cláusula reputada não-escrita

1.

Código *Civil, art. 257.* Diz o art. 257 do Código Civil: "Terse-á por não escrita a convenção, ou a cláusula: 1 - Que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos. III - Que contravenha disposição absoluta da lei."

2.

Fim da *lei.* O fim da lei foi precisar que o direito cogente, noutras matérias, também se aplica aos pactos antenupciais com separabilidade, salvo se é caso do art. 145,11 ou IIII, porque aí há nulidade. Assim, ter-se-á por nula ou por não-escrita (o que vale dizer: separável) a convenção ou cláusula se incide o art. 145, III ou IIII, ou o art. 257. E nula a cláusula: 1 - Que contenha ilicitude ou imoralidade, isto é, que seja *contra* d

bonos mores, pois o ser contra direitos conjugais ou paternos não esgota a lista, às vezes instável, do ilícito e do imoral. Cabe ao juiz auscultar a ordem jurídica, apreciando o ato ou a cláusula, conforme as concepções dominantes no seu círculo social. Aliás, o círculo social que ele ausculta não é necessariamente o do lugar do ato, ou o da legislação pessoal dos cônjuges, e sim o do lugar em que o pacto antenupcial terá eficácia. Aqui, é preciso apontar dois momentos: o pacto antenupcial tem de satisfazer a legislação do que por ele se obriga, de modo que cai toda convenção ou toda cláusula ilícita ou contra os bons costumes; no lugar dos efeitos, cai toda convenção ou toda cláusula ilicita segundo a legislação de tal lugar, em virtude de corte por invocação de ordem pública. III - Que contenha impossibilidade lógica (contradição ou perplexidade). Em ambas as espécies, não se sabe o que há de prevalecer, ou o que se há de

entender Supõe-se, porém, a invencibilidade da contradição ou da perplexidade. IIII - Que seja ininteligível ou sem sentido (impossibilidade gnoseológica).

Essa convenção é não-escrita, porque não se pode conhecer e, por isso mesmo, não se pode cumprir. IV - Que seja fisicamente impossível, isto é, que consista em fato que não pode acontecer, ou exija omissão que seja irrealizável. E inexistente (= não-escrita) a cláusula a) que seja juridicamente impossível. Refere-se a essa o Código Civil, quando fala de convenção ou cláusula (art. 257, III) que contravenha disposição absoluta da lei.

Toda regra cogente (positiva ou negativa) tem de ser respeitada pelos nubentes quando celebram pactos antenupciais. *b)* Que prejudique os direitos conjugais ou os paternos (art. 257, 1). Aqui, o Código Civil especializou, porque a fórmula excludente das convenções ou cláusulas contra os bons cost.qmes nem sempre apanha as convenções ou cláusulas que cerceiam direitos. Pelo menos, muitas são as dúvidas e graves as discussões. Caracterizando que os direitos conjugais e os paternos têm de ficar incólumes, precisou-se a linha divisória entre efeitos do casamento e regime de bens, distinção que é da maior importância em direito intertemporal, em direito internacional privado e no próprio trato do direito substancial dos efeitos do casamento e do regime dos bens entre cônjuges.

3.

Extensão da nulidade. Se a infração concerne a toda a convenção, nulo é o pacto antenupcial em sua integralidade. Se apenas uma convenção, ou algumas convenções, uma cláusula, ou algumas cláusulas prejudicam direitos conjugais ou paternos, ou contravêm disposição absoluta de lei, ou apresentam uma das outras feições acima previstas, válido é o pacto na parte não-atingida: *Utile* per mutile non *vitiatur.* A inexistência, como a nulidade da cláusula, a ela se limita; não fere as que em seguida ou antes se articulam; não atinge todo o pacto, mas apenas as estipulações contidas na cláusula inexistente. A lista das convenções e cláusulas inexistentes, ou nulas, seria de feitura difícil, se não impossível. O expositor tem de satisfazer-se com a exemplificação. Dizia Manuel de Almeida e Sousa (Notas de Uso *Prático* III, 517 s.): “São nulos, como repugnantes à razão natural e ao decoro, os pactos em que o marido esteja debaixo do poder da mulher; que ela independente dele possa em todo o caso estar em juizo; ... é nulo o pacto de que o resultado é ficar a esposa em todo ou em parte

indotada no estado de viúva, como que o dote ficará em poder dos herdeiros do marido, ou que este não ficará obrigado pela má administração dos bens dotais, nem por culpa lata ou leve." As condições que aparecem nos pactos antenupciais são tratadas como as condições dos atos jurídicos em geral e dos atos de caráter patrimonial. Se ligadas ao ato matrimonial, nelas se reflete o direito especial, típico, sobre o casamento.

§ 882. Cláusulas reputadas não-escritas

1.

Enumeração. Consideram-se não-escritas as cláusulas: a) que tirarem ao marido a representação legal da família (Código Civil, art. 233, 1); *b)* que tirarem ao marido o direito de fixar e mudar o domicílio da família, ressalvada à mulher pretensão à apreciação judicial de deliberação prejudicial (art. 233, IIII); *c)* que outorgarem ao marido direito de dissentir da profissão da mulher e de sua residência fora do lar conjugal, uma vez que as anteriores regras jurídicas do Código Civil, arts. 2331V, e 242, VIII, foram revogadas pela Lei nº

4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, III e IV; d) que permitirem ao marido, sem assentimento da mulher, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou alienar direitos reais sobre imóveis alheios (art.

233, 1); e) que derem ao marido dispensa do assentimento da mulher para pleitear acerca de bens imóveis e de direitos reais (art. 235, III); fl que isentarem de assentimento da mulher a fiança (art. 235, IIII); q) que permitirem ao marido fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (art. 235, IV); *li)* que excluirem o suprimento judicial da outorga uxória quando seja negada ao marido ou não possa ser dada (art. 237); i) que obrigarem os bens da mulher no caso de suprimento judicial da outorga (art. 238); j) que limitarem a ação da mulher e dos herdeiros no caso de anulação de atos do marido (art. 239).

d

2.

Nova enumeração. Também se consideram não-escritas as cláusulas: a) que negarem à mulher o direito a usar o nome do marido (art. 240, parágrafo único); *b)* que permitirem à mulher alienar, sem assentimento do marido, ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou alienar direitos reais sobre imóveis alheios (art. 242, I-IIII); *c)* que negarem à mulher, sem a concordância do marido, aceitar ou renunciar herança ou‟4egado; d) que proibirem á mulher, sem aquiescência do marido, aceitar tutela, curatela, ou outro múnus público; e) que derem à mulher dispensa de assentimento marital para litigar, — fora dos casos previstos na lei; fi que permitirem àmulher contrair obrigações que possam importar em alheação dos bens do casal (art.

242,1V), sem assentimgnto do marido; g) que exigirem o assentimento do marido a acêltação do mandato; III) que excluirem o pedido de suprimento judicial da falta de assentimento marital (art. 245, 1 e 11); *i)* que obrigarem os bens do marido no caso de suprimento judicial (art. 245, parágrafo único, in fine); *j)* que fizerem irrevogável o assentimento marital (art. 244); *k)* que excluirem as aplicações do art. 247; *1)* que fizerem necessário o assentimento marital em qualquer dos casos do art. 248, 1 a VIIII: m) que restringirem a legitimação ativa, nos casos dos arts. 249 e 250; n) que excluirem ou restringirem os direitos da mulher a dirigir e administrar o casal, quando lhe couber (art. 251, 1 a IIII, e parágrafo único, 1 a IV); *o)* que obrigarem por atos da mulher os bens do marido ou os comuns, fora dos arts. 253-255, parágrafo único; p) que impuserem à mulher trato desigual ou situação inferior à do marido; q) que negarem à mulher o direito de contratar, ainda com o assentimento do marido, ou suprimento judicial, o que importaria na recepção da incapacidade veleiana.

Se o decujo, na escritura antenupcial, disse que a metade dos bens ficaria ao cônjuge sobrevivo, não entra no mundo jurídico tal cláusula de succedendo. Com a nossa afirmação, em 1917, concordaram alguns juristas; mas outros quiseram que existisse e valesse o pacto. Como? Clovis Bevilacqua (Código Civil Comentado, III, Q ed., 163 s.) disse: é lícito aos cônjuges estabelecer convenções relativamente à sua sucessão; porém tais cláusulas não poderão prejudicar os herdeiros necessários, nem a mutabilidade essencial das disposições a causa de morte. De modo que teriam de ser quanto ao disponível e revogáveis. Portanto, evidente pacto sucessório, testamento incluso em contrato antenupcial. jComo ficaria a regra jurídica do art. 1.089: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”? A que reduziríamos

o art. 230: “O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável”? Ou o pacto seria pacto de regime, e tornar-se-ia irrevogável desde a data do casamento, por força do art. 230; ou não seria pacto de regime, e pois sucessório, revogável, por força do art. 1.089. A exceção, que se abre ao art. 1.089, é a do art.

314, quanto às doações a causa de morte, que são irrevogáveis, salvo nas espécies dos arts. 1.181-1.187, e se regem pelos arts. 1.173-1.176 e 1.180, e não pelas regras jurídicas sobre testamentos. E pena que a 2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de outubro de 1946 *(RT* 171/764), haja perdido o ensejo de precisar a doutrina, em terminologia científica, e, em vez disso, tenha baralhado conceitos. E inexistente a cláusula inserta em pacto antenupcial que estabelece a dispensa da intervenção da mulher nos atos do marido dispositivos de imóveis (2ªGrupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de outubro de 1946, *RT* 166/646); 3ª Câmara, 5 de junho de 1946, 163/720). E exemplo da incidência do art. 257, III, a cláusula que estabeleça comunhão, ainda parcial, se a lei exige o regime da separação de bens (art. 258, parágrafo único). Cf. V Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 26 de novembro de 1952, *Ai* 108/91: “Pouco importa a alegação de terem os cônjuges convencionado o regime da comunhão de bens declarado na respectiva certidão de casamento, por isso que o art. 257, li, do Código Civil considera nãoescrita a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei como tal se deve entender a que infringe flagrantemente os arts. 183, XlIII, 226 e 258 do citado diploma legal. Aliás, a disposição do art. 257, III, do Código Civil contempla caso típico da inexistência de ato jurídico por infração de expressa disposição de ordem pública desde que como tal se deva entender a que, por ser imperativa, não admite revogação por convenção particular. Na hipótese dos autos trata-se realmente de inexistência legal do ato jurídico que não pode ser confundida com a inexistência do fato. O fato da convenção pela qual foi adotado aparentemente o regime de comunhão de bens existe. O que não existe é o ato jurídico criador daquele regime matrimonial. Em conseqflência, não se pode acolher a alegação de que somente por ação própria poderá ser anulado o regime da comunhão de bens constante do casamento. A lei declara não-escrita tal convenção. Se, ao conhecer do ato ou dos seus efeitos, a encontrar provada, é como se se tratasse de nulidade, de ato jurídico compr~ndido no art. 143, V, do Código Civil, aplicando-se na espécie o art. 146, parágrafo único, do mesmo diploma. E não há de aplicar na espêcie, como quer a Apelada, o art. 259 do Código Civil que, no silêncio do contrato,

faculta a comunicação dos bens adquiridos na vigência da sociedade conjugal, pois tal dispositivo excepcional pressupõe a existência de um contrato antenupcial de regime de leparação de bens em que se haja silenciado sobre os adquiridos durante as segundas núpcias; se o regime de bens resulta de expresso texto legal que estabelece uma sanção penal, nenhuma restrição pode ser oposta à aplicação do princípio de ordem pública que determina a mais completa separação de bens. Nem seria lógico que se admitisse a aplicação do art. 259

do Código Civil e a comunicação dos aqúestos quando a lei até proibe que o cônjuge culpado faça ao outro doações (art. 226 do Código Civil) e dá como garantia aos filhos do primeiro leito hipoteca legal sobre os bens dos pais que contraem segundas núpcias antes de fazer o inventário dos bens de seu primeiro casal (art. 827, d

IIII, do Código Civil).” A cláusula de se comunicarem os bens que se adquiram por sucessão testamentária (se comunicáveis, entende-se) não é pacto sucessório. O que é, por lei ou vontade do testador, incomunicável não se comunica (8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23 de agosto de 1949, *Ai* 96/45).

3.

Profissão da mulher e residência fora do *lar.* No caso de profissão da mulher, ou de residência fora do lar conjugal, sob o direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª III, valia o assentimento, então exigível, dado em pacto antenupcial. O que se lhe não reconhecia era o caráter de irrevogabilidade (Marcel Nast, Régimes matrimoniaux, Traité de Planiol e Ripert, V, primeira parte, 35). Aliás, a revogação podia ser abusiva e dar ensejo a suprimento judicial.

4.

Pátrio podem direção da criação e educação dos filhos. Os pactos antenupciais não podem cercear os direitos do titular do pátrio poder a dirigir a criação e educação, nem a qualquer dos pais o direito de ter em sua companhia os filhos. Só a necessidade, mais tarde, no caso de separação consensual, permite convenção quanto ao direito dos pais de terem em sua companhia os filhos (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art.

9ª: “guarda dos filhos”).

5.

Pátrio poder, religião etc. Tampouco, seria lícita a cláusula que dividisse os direitos do pátrio poder, ou que o tirasse à mulher na falta ou impedimento do marido, e vice-versa, (art. 380), ou que mandasse preferir-se alguém para a tutela, fora dos casos dos arts. 407-409, 1, III e IIII, se bem que, se já há filhos, valha a nomeação em testamento ou no pacto antenupcial. O que ocorre é que tal nomeação é revogável e somente vale como ato unilateral do que se acha nas condições de nomear (arts. 407 e 408). Se os nubentes pertencem a religiões diferentes, é considerada não-escrita a cláusula que escolhe uma das religiões. Parece-nos válida a que diga ser educado o filho na religião do país do domicílio ou na de um dos pais, que for ao mesmo tempo uma das religiões do pais do domicilio.

6.

Poderes do marido. Os poderes do marido contidos nas regras dos arts. 229-255, não-dependentes, pois, do regime, são inatingíveis pelos pactos antenupciais. Os que resultam do regime ou das convenções ou do silêncio dos nubentes podem, por definição, ser modificados. A questão da qualificação é que decide.

Resolvida, ou a regra é de efeito pessoal do casamento, e não pode ser alterada; ou não no é, e a lei a considerou objeto de pacto ante-nupcial ou de comunhão tácita, salvo se, a despeito da taxinomia, é cogente, como acontece ao art. 258, parágrafo único.

7.

Administração dos bens comuns e do marido; bens imóveis. Pergunta-se: a) No pacto antenupcial, apode o nubente dar mandato à futura mulher para administrar e alienar certos bens comuns ou os bens da comunhão, ou os próprios do marido? Aqui, desempenha grande papel o principio da separabilidade. O que não ématéria de pacto antenupcial e escapa a pecha de ilicitude (arts. 82, 145,11, e 257) rege-se por sua lei própria. Trata-se de mandato de direito das obrigações, revogável e inconfundível com o de direito de família, que

cabe à mulher, com base no art. 247. Em todo o caso, vale a atribuição de usufruto e administração de certos bens próprios do marido à mulher. B) Todos os poderes do marido sobre os bens próprios da mulher, exceto o de assentimento à alienação de bens imóveis e direitos reais sobre imoveis (arg. ao art. 276), podem ser objeto de pacto antenupcial, inclusive o de exclusão? Quem pode o mais (e.g., estipular a pura separação de bens) pode o menos (e.g., estipular a administração pela mulher, sem qualquer intervenção do marido).

8.

Administração e usufruto ao marido. Ao marido pode dar a mulher, em convenção antenupcial, a administração e o usufruto. Temos, então, o que se denomina, na terminologia alemã, Verwab tungsgemeinschaft.

§ 883. Quem figura nos pactos antenupciais

d

1.

Pactuantes. As convenções antenupciais celebram-se, por definição, entre dois noivos, e nelas podem tomar parte, assinando o instrumento, a pessoa, ascendente, parente, afim ou estranho, que no mesmo momento fez doação aos noivos ou a um deles, ou de qualquer modo é interessado nas estipulações. Note-se, porém, que tais pessoas não são figurantes, propriamente ditos, do pacto antenupcial: ou são interessados que concordam, ou se servem do mesmo instrumento para a conclusão de outros atos jurídicos, de regra contratuais. O instrumento é um só; mais de um os atos jurídicos. O pacto antenupcial é entre os dois noivos.

Entre eles e outrem, ou entre um deles e outrem, são os outros atos jurídicos. Para o pacto antenupcial é preciso que o ato jurídico seja

entre futuros cônjuges. Para a sua validade e eficácia, que se celebre antes do casamento.

2.

Representação. Qualquer dos pactuantes pode ser representado por procurador especial e, por força do art. 1.291 do Código Civil, não se admite o mandato verbal. Resta saber-se se o mandato pode ser em instrumento particular. Seria contra a sistemática do Código Civil (arts. 1.289, § 3ª, 1.290 e 201) exigir-se aos pactos antenupciais mais do que se exige ao casamento, se bem que, se foi dado o mandato por instrumento público, tenha de ser por instrumento público o substabelecimento, por força do já citado art. 1.289, § 3ª.

3.

Capacidade dos pactuantes. São capazes para os pactos antenupciais todas as pessoas que podem contrair matrimônio. Donde resulta que são nulos todos os pactos referentes a casamentos posteriormente julgados nulos, ou anulados. O assunto merece, todavia, mais acurado tratamento.

4.

Casamento nulo. Nulo é o casamento, nulo é o pacto; e melhor fora dizê-lo caduco, porque se lhe não seguiu casamento válido. No caso do art. 232, que antes comentamos, isto é, no caso de culpa de um dos cônjuges, ou o casamento é putativo quanto a ambos (há um culpado, mas ignorante da existência do impedimento), ou a favor do cônjuge sem culpa (ignorante da existência do impedimento), ou não no é, por não ter a culpa um dos cônjuges, porém não estar provada, ainda que por presunção, a sua ignorância. Há diferença sutil entre não-culpa e boa-fé (ignorância).

5.

O art. *232* do Código *Civil.* Diz o art. 232 do Código Civil: “Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: 1 - Na perda de todas as vantagens advindas do cônjuge inocente. III

- Na obrigação de cumprir as promessas, que lhe fez, no contrato antenupcial (arts. 256 e 312). É fora de dúvida a alta importãncia, assim teórica como prática, do principio que aí se estabelece. No art. 221 foi dito que, “embora anulável, ou mesmo nulo se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges (a letra grifa foi posta por nós), o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os..çfeitos civis até ao dia da sentença anulatória”. E acrescentou o parágrafo único: “Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.” Não se diga, portanto, que o art. 232 apenas reproduz, no plano dos interesses econômicos, o que se estatui no art. 221, parágrafo único. Explicitemos-lhe o conteúdo.

6.

Explicitação do art. *232.* A primeira exploração que há de ser feita é a que respeita às invalidades pressupostas. ~O art. 232 concerne a todas as invalidades ou só às anulações (decretações de anulação)? Nele está que se trata de casamento que “for anulado” o que faz crer-se na só alusão às anulações. Mas há culpas mais graves: a do que se casa já sendo casado, a do que se casa com parente em grau proibido. A questão toma aspecto delicado. Por outro lado, sujeitar a menor de dezesseis anos ou o menor de dezoito (art. 183, XIII) às sanções do art. 232 seria ilógico e injusto. Menos grave, porém de certa importância, o caso dos que, tendo capacidade nupcial, se casaram sem o devido assentimento (art. 183, XI).

Como se vê, o art. 232 ainda precisa de maior explicação.

7.

Nulidades quanto à forma. Também é de perguntar-se se nas nulidades, que o art. 232 supõe, estão as concernentes à forma. Noutros termos, sendo culpado da nulidade formal um dos cônjuges, ecabem, ou não, as sanções do art. 232? A resposta há de ser afirmativa. Nem todo casamento nulo, ainda que de boa-fé, ésuscetível da qualidade de putatividade. Para isso, é de mister que o casamento tenha sido celebrado legalmente. A nulidade formal exclui a putatividade. Assim, já aqui aparece a diferença entre o art. 232 e o art. 221. Se a nulidade formal, no sentido de nulidade (não, anulabilidade), concernente à forma, se operou por d

culpa de um dos pactuantes, não cabe pensar-se no art. 221; mas, uma vez que o outro cônjuge não teve culpa, o art. 232 incide. Esse é o pensamento do Código Civil, e qualquer outra interpretação excluiria o art. 232, pois que tudo que nele se diria já estaria dito no art. 221. Diz ele coisa nova exatamente porque putatividade e não-culpa do cônjuge não são coextensivas. Aliás, só há uma nulidade formal: a de incompetência do celebrante.

8.

Nulidades devido á pessoa. Posta de parte a nulidade concernente à forma, examinemos as outras espécies. Se a menor de dezesseis anos ou o menor de dezoito faz pacto antenupcial e casa, vindo-lhe a ser anulado o casamento, a aplicação do art. 232 teria a conseqüência de se subordinar tal menor à perda das vantagens e ao cumprimento do pacto antenupcial, contra a própria finalidade do art. 183, XIII, que é a de proteger tais menores. Quanto aos que precisam do assentimento de outrem para casar, anulado o casamento, sofrem eles as consequências do art. 232? Aqui, o único princípio de que se poderia lançar mão seria o do art.

155, onde se diz: "O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior." Porém tal casamento merece a declaração de putatividade, uma vez satisfeito o requisito da boa-fé por parte do outro consorte. Nos casos de casamento de pessoas que precisam do assentimento de outrem, sanada a invalidade, ou ratificado o casamento, sanado ou ratificado fica o pacto antenupcial. O pacto antenupcial, porém, exige assentimento especial. Desde que se lhes permita a celebração do casamento, permitida não lhes fica a feitura de pactos antenupciais, pelo principio de que, permitido o fim, se permitem os meios necessários: pacto antenupcial não é meio.

9.

Culpa do incapaz de consentir. Se a culpa é do incapaz de consentir, ou de manifestar, de modo inequívoco, o consentimento (notando-se, mais uma vez, que "culpa", no art. 232, está por "causa"), também não se há de pensar na incidência do art. 232. Os demais casos suscitam, necessariamente, a boa-fé de ambos, ou de um só, ou a má-

fé de ambos, não cabendo, pela natureza mesma das relações, qualquer investigação da causa. O parentesco é de ambos os lados; de ambos os lados as relações do art. 183, VIII e VIIII. Tratando-se de pessoas já casadas, ou de pessoa já casada, ou há ignorância, ou não na há; de modo que ou há putatividade, ou não há putatividade.

10. Erro, causa de invalidade. Restam os casos de erro. Em se tratando do art. 219,1, ou do art. 219, IIII, pode haver culpa, ou não, do outro cônjuge, não se excluindo a própria hipótese da ignorância por ambos. Nos casos do art. 219, III e IV, a culpa do outro cônjuge é elemento do conceito mesmo, em que se baseia o erro; porém tal casamento anulado é, evidentemente, suscetível de declaração de putatividade. Aliás, se a anulação é por erro, éde esperar-se que se peça, ou que se declare ser putativo. Todos os pressupostos estão satisfeitos.

Isso não quer dizer que se não admita a espécie em que, não havendo pedido de declaração, se tenha de pensar na aplicação do art. 232.

§ 884. Conteúdo legal heterogêneo

1.

O Código Civil francês, art. *1.390,* e os princípios costumeiros. *O* direito brasileiro. No Código Civil francês, o art. 1.390, antes da reforma introduzida pela Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, estatula: “Les êpoux ne peuvent plus stipuler d‟une maniêre générale que leur association sera rêglée par lune des coutumes, bis ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le present Code.” Com isso, quis-se desarraigar a tradição, apagá-la, extirpá-la.

Em todo o caso, nada

impedia que se transcrevessem antigos principios costumeiros, desde que não fossem contrários às leis novas.

Valiam como convenções, isto é, a vontade das partes fazia-as seu conteúdo. Não eram leis: eram vontades.

(No mesmo sentido, o Código Civil italiano, art. 161.) O direito brasileiro não possui qualquer restrição. Seria possível estabelecer-se o regime da comunhão segundo o costume do Reino de Portugal, ao tempo das Ordenações Filipinas, ou qualquer outro, como seria possível dizer-se que o regime seria o dotal segundo a exposição de Clovis Bevilacqua, no seu livro clássico, antes do Código Civil, sobre Direito de Família. Onde alguma cláusula destoasse do art. 257, ter-se-ia por não-escrita. O texto referido seria vontade, e não lei.

d

2.

Lei estrangeira como expressão de vontade. Também pode dar-se que haja referência a lei estrangeira.

Ai, a lei estrangeira évontade, conteúdo de declaração de vontade, e não lei. Temos levado à necessária precisão e clareza tal distinção, que é da maior importância. Uma coisa é a lei estrangeira conteúdo da lei competente e outra a lei estrangeira conteúdo da vontade quando se declara como vontade. As vezes a lei competente (A) dos nubentes os submete ao regime legal que lhes é indicado pela lei estrangeira (B). Trata-se, então, de lei-conteúdo de lei. Se, segundo essa lei estrangeira B, os nubentes podem escolher outra lei C, a lei estrangeira B continua lei-conteúdo de lei, mas a lei C, de outro Estado, ou do mesmo, será tão-só lei-conteúdo de vontade.

Presume-se, por exemplo, que a revogação da lei B com efeitos retroativos ou imediatos não atinge o regime escolhido, ou, melhor, a lei C como vontade. Ao passo que a lei estrangeira B tem o seu direito intertemporal, salvo se até esse ponto não houve reenvio pela lei A.

3.

Pacto antenupcial conteúdo de outro pacto antenupcial, Pode ser conteúdo de vontade outro pacto antenupcial, e.g., “adotamse, a respeito dos bens, as combinações constantes do pacto antenupcial com que casaram o pai da outorgante-noiva e a mãe da outorgante-noiva”; “O regime A conforme a exposição da jurisprudência dominante até agora”; “O regime E, devendo as dúvidas ser resolvidas segundo o livro do jurista A.”

§ 885. Derrogações ao direito comum

1.

Doações feitas pelos nubentes menores. As doações feitas por nubentes menores seriam aulas se as doações antenupciais não fossem objeto do direito de família, ou, mais precisamente, do direito matrimonial, que derroga princípios da Parte Geral. Se podem casar, podem doar àqueles com quem casam.

2.

Doações oneradas com encargos. Quando oneradas com encargos, as doações de que cogitam os arts.

313-314 levam consigo a condicio iuris de se realizar o casamento. Em todo o caso, não se revogam por motivo de ingratidão (Código Civil, art. 1.187, IV).

3.

Pacto antenupcial não se dissolve pelo consenso dos cônjuges. A comunhão de bens ou outro regime, que exista entre os cônjuges, não se dissolve pelo consenso desses, no que o pacto antenupcial discrepa do contrato de sociedade (Código Civil, art. 1.399, IV) e da compropriedade (arts. 623, IIII, e 629).

É válida a cláusula que isente a mulher de assumir as despesas do casal (art. 277), o que, sem o art. 277, seria contra o art. 1.372: “E nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles àcomparticipação nos prejuízos.“~

§ 886. Cláusulas modificativas dos regimes

1.

O que o direito de família *faculta.* Os nubentes têm certa liberdade nos pactos antenupciais. Por isso mesmo o direito de família lhes faculta: a) Se adotaram tácita ou expressamente o regime da comunhão universal, ou parcial, reservar-se a mulher o direito de administrar certos bens próprios e perceber-lhes os rendimentos (combinação do regime da comunhão com o da separação). A ação contra o marido, aí, seria a do art. 260, 111, do Código Civil. *b)* A reserva de percepção, se é feita pelo marido quanto a certos bens. c) A dotalidade (art. 278), com as suas consequências (arts. 280, parágrafo único, 286, 287, 1 e III, 293-298), que é possível associar-se a qualquer outro regime. A cláusula de inalienabilidade interpreta-se como de dotalidade.

Outrossim, a de impenhorabilidade e a de que os bens não respondem pelas obrigações do marido.

Resta saber se vale a cláusula de inalienabilidade, de impenhorabilidade ou de não-responsabilidade pelas obrigações do marido em se tratando de bens comuns, isto é, quanto à parte indivisa. Équestão que se prende à qualificação. No direito francês, contra a opinião de Lemaire-Eoseret, se tem entendido que tal cláusula ofende o poder marital ("direitos conjugais", no art. 257, 1, do Código Civil brasileiro). Mas, em verdade, sem razão; porque não se tira ao marido o direito de administrar os bens comuns, e sim o de alienálos, ou o de os d

expor à execução, no que pertence à mulher.

2.

Cancelação de cláusulas. O regime matrimonial de bens é o que resulta do pacto antenupcial válido, excluídas as cláusulas nulas

e separáveis. Assim, se, a despeito de se considerar dotal, nele, o regime, o que se salva estabelece regime de separação **(2ª** Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 15 de maio de 1928, *RD* 89/130-132), ou de comunhão limitada, subsiste o pacto nesse ponto.

§ 887. Princípio da publicidade

1.

Produção de efeitos dos pactos. Os pactos antenupciais produzem efeitos quanto a terceiros, — quer a favor, quer contra eles. Porém a lei não se satisfez com a publicidade, por bem dizer difusa, da escritura pública, que lhes é essencial (Código Civil, art. 256, parágrafo único, III). O art. 261 do Código Civil foi explícito: "As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de transcritas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 256)." Efeitos, ai, são quaisquer: contra ou a favor de terceiro. Quer isso dizer: as convenções antenupcias só têm efeitos, se não foram registradas, entre os cônjuges (cf. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 12; III, I).

2.

Terceiros. Os terceiros têm interesse em conhecer o regime matrimonial e, em geral, o que se passou entre os que se casaram, porém não precisam nem podem ir além do registro de que cogita o art. 261.

Credores do marido e credores da mulher, se não houve o registro, somente consultam a lei sobre o regime comum. Os poderes de administração, em relação a terceiros, são os do regime comum, se não foi registrado o pacto. A publicidade oriunda do registro é, pois, o que marca o começo da eficácia quanto a terceiros. Com isso, o Código Civil brasileiro assaz se afastou do direito francês, no qual a publicidade só era de exigir-se se um dos que se casavam fosse comerciante (Code de Commerce, arts. 67-70). A Lei de 10 de julho de 1850, chamada Lei Valette, modificara os arts. 75, 76, 1.391 e 1.394 do Código Civil francês, estabelecendo a publicidade nos registros do estado civil. E de notar-se que a lei brasileira preferiu o registro de imóveis, que passa, assim, a ser lugar de publicidade para pactos talvez somente sobre móveis. Preponderância do elemento real sobre o elemento pessoal, que se vê no regime matrimonial dos bens entre os cõnjuges e nos pactos antenupciais em geral. Por outro lado, as sanções são diferentes: a Lei Valette não supôs que o regime, em caso de não-registro, fosse o legal. O art. 1.391, alínea 4, do Código Civil francês apenas dizia, na redação anterior à Lei nº 65-570, de 13 de

julho de 1965, que “la femme sera réputée, àl‟égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun”. Cumpre, porém, observar-se a vigência do Código de Comércio, na sua matéria. Na Alemanha e na Suiça, há o registro matrimonial, com a menção de todas as cláusulas que se pretendam opor a terceiros. Faz-se no domicilio do marido e renova-se a cada mudança de domicilio. Em França, previu-se o registro apenas por extrato.

3.

Registro. O registro anterior ao casamento tem de ser no domicilio dos nubentes, se é um só; ou de ambos, se cada um tem o seu. Pode, porém, ocorrer que só se faça depois do casamento, entendendo-se por

“depois” o que se fez no mesmo dia que o casamento, se se não mencionou a hora do registro. Em tais casos, o domicilio da mulher é o que se verifique, não necessariamente o do marido, inclusive se lhe cabem a direção e a administração do casal (art. 251). Se acontece alguma das espécies do art. 251, é no domicilio da mulher que se registra o pacto ante-nupcial. Qualquer que seja a data em que se registre, somente a partir dela têm efeitos, quanto a terceiros, os pactos antenupciais. Se se registrou no momento anterior a morte de um dos cônjuges, ou de ambos, apenas os teve no breve intervalo entre o registro e a morte.

4.

Publicidade posterior. Pode acontecer que a publicidade só se efetue após o casamento e um dos cônjuges oponha tal circunstância para se furtar aos efeitos em relação a terceiros. Ai, duas hipóteses podem acontecer: a) o terceiro conhecia o regime adotado, a despeito de se não haver publicado, ônus de prova que incumbe ao cônjuge, em defesa; *b)* o terceiro não conhecia o regime adotado. Porém seria erro darem-se todas as conseqüências ao fato de conhecer o terceiro fora do registro, o pacto antenupcial, pois, se isso o há de prejudicar, antijuridico fora que prejudicasse os outros terceiros. Aí, o problema e a solução. Julgou errado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (12 de dezembro de 1932), quando, sendo de separação o regime e d

particular a dívida, decidiu que a argúição de que o pacto antenupcial só se registrou depois de contraída a obrigação, mas do registro de

imóveis consta quanto ao bem adquirido (não quanto ao regime) ser de separação o regime, impede a execução do bem por parte de terceiro. Uma coisa é o regime, com o seu registro; outra, o bem e o registro da sua escritura, embora ai se fale de regime. Não é pelas certidões de cada bem adquirido que se sabe qual o regime. O pacto mesmo precisa ser registrado. Se a divida fosse hipotecária, então seria alegável a ciência do credor, porque teria conhecido o pacto através da certidão necessária à garantia real.

Os pactos antenupciais tem de ser registrados, segundo a situação do bem.

O art. 195, VIII, exige que no assento no livro do registro se refira a escritura antenupcial. Discutiu-se se a omissão importa em não se subordinar à escritura prenupcial regime matrimonial de bens. Noutros termos: se é dispensável, para a eficácia, a inserção. A 2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de agosto de 1949 *(RF*

132/94 s), decidiu que sim. O voto vencedor do Ministro Hahnemann Cuimarães argumentou: É indiscutível que o assento de casamento é um instrumento público, é um ato público, mas não é escritura pública. Escritura pública, no consenso unânime dos autores, é o instrumento de negócio juridico, lavrado pelo oficial competente no seu livro de notas. O assento de casamento é um ato público, mas não é escritura pública. Não se pode, no assento de casamento, estipular o regime de bens do casamento; o regime de bens há de ter sido convencionado em pacto anterior ao casamento, em pacto lavrado em instrumento público, e para eficácia, desse pacto, dessa carta de casamento, basta que à escritura pública se siga o próprio casamento. O pacto antenupcial éum instrumento público subordinado à condição de que se celebrarão as núpcias; vale si nuptiae sequantur. Desde que esteja realizada esta condição, o pacto antenupcial passa a ter toda sua eficácia, tornando-se imutável. O que não é possível, entretanto, é inferir do silêncio do termo de casamento, do silêncio do assento de casamento, que o regime matrimonial entre os cônjuges, estabelecido em escritura pública antenupcial, haja sido revogado. E possível, nesse instrumento público, revogar-se a escritura antenupcial. Era possível, no caso, que os nubentes, ao se vincularem pelo matrimônio e ao se lavrar o assento de casamento, declarassem que revogavam, expressamente, a escritura antenupcial; **é**possível, no assento de casamento, fazer a revogação da escritura sobre o regime de bens. Não é possível, contudo, pelo silêncio, pela omissão do oficial público ao lavrar o assento de casamento, se inferir que foi revogada a escritura

pública antenupcial. Não épossível levar a semelhança entre o assento de casamento e a escritura pública ao ponto de estabelecer entre esses dois atos uma identidade. Eles se distinguem, são ambos instrumentos públicos, são ambos espécies de instrumentos, mas o assento de casamento se distingue nitidamente da escritura pública. A Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, no art. yo, T, estatui o mesmo. O próprio casamento tem efeitos com o registro. Em alguns sistemas jurídicos pode-se dispensar o registro; noutros, o registro pode ser feito em separado. O sistema que a lei brasileira adotou foi o de eficácia pela inserção no assento das declarações de conhecimento de que fala o art. 195. O regime matrimonial de bens interessa a todos e refere-se a bens móveis e imóveis. Permitir-se que tenha eficácia real e eficácia erga omnes o que apenas se passou entre pessoas que pretendiam casar-se é admitirem-se eficácias que só os registros públicos podem dar. Na Lei nº 6.015, art.

167,1, 12 e, bem assim, III, 1, estabelece-se o registro e a averbaçao da escritura pública das convenções antenupciais de modo que, se houve escritura pública e se deixou de mencionar, ou não, no assento do registro do casamento, tal escritura pública, só o registro ou a averbação atribuem efeitos reais ao convencionado sobre imóvel. Quanto aos móveis, a falta da inserção cria algumas dificuldades, e não supriria a falta o registro como título e documento;não é lá que se há de saber qual o regime matrimonial de bens das pessoas. A doutrina do acórdão não pode ser levada ao extremo de dispensar o registro ou a averbação segundo o art. 167, 1, 12, e III, 1, da Lei nº 6.015.

§ 888. Imutabilidade dos pactos antenupciais

1.

Até quando são revogáveis. O pacto antenupcial só se torna imutável com o casamento. Antes disso, são livremente revogáveis pelos cânjuges e, até, por um deles, que o denuncie em escritura pública, com ciência do outro, ou judicialmente. Só a partir do momento em que se celebra o casamento é que se justifica o princípio da imutabilidade dos pactos antenupciais. Nada obsta a que os noivos corrijam o pacto feito, ou façam novo, que o revogue, ou com ele subsista, no todo ou em parte, ou que convencionem sobre bens antes não previstos. A interpretação fixará o que ficou e se tornou, com o

casamento, irrevogável.

2.

Celebração do casamento e irrevogabilidade do pacto. As convenções antenupciais são puras estipulações prévias, que a lei faculta aos nubentes, em relação aos bens que ambos possuam. Instituem de algum modo o regime de bens que há de vigorar, ou modificam algum dos sistemas que a lei civil considerou cardiais. São, portanto, irrevogáveis, como os próprios regimes de que são partes integrantes. Se se admitisse d

alteração no pacto antenupcial, revogado estaria no todo ou em parte o regime adotado (Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, III, 518). Mas por isso que um se contém no outro, a irrevogabilidade deles coincide. Celebrado o casamento, começa para ambos a impossibilidade de alteração ou de renúncia. Antes de realizar-se o casamento, poderá ser revogado o pacto antenupcial se ambos os noivos consentirem; depois da celebração, não podem alterá-lo os cônjuges, nem mesmo sendo anulável a convenção, retificá-la em parte e em parte impugná-la.

3.

Princípio da imutabilidade. O princípio da imutabilidade do regime matrimonial de bens não exclui: a) Os contratos entre os cônjuges, salvo se a lei os veda: inclusive, o de sociedade. Aliás, só a inalienabilidade dotal e as cláusulas ofensivas dos direitos pessoais dos cônjuges se oporiam a contratos. O mandato é assaz usado entre os casados. b) A liberdade de convenção entre os cónjuges subsiste, mas há limitações impostas pelo direito de família; a respeito, por exemplo, do mandato, não pode ser irrevogável. Sob o regime da comunhão universal, o marido daria à mulher mandato irrevogável para a administração dos bens, de percepção das rendas e emprego delas, de modo que estaria mudado o regime; e o mesmo aconteceria se mandante a mulher e mandatário o marido. A irrevogabilidade é, pois, banida. c) Os atos de última vontade.

4.

Extensão. Em sentido largo, os pactos antenupciais também compreendem as doações entre esposos ou doações antenupciais, assaz distintas das doações entre casados. Dai terem-se estendido a tais

doações o princípio da irrevogabilidade por ingratidão (Código Civil, art. 1.187, IV) e o de imutabilidade convencional durante o casamento. Admite-se a renúncia por ato de última vontade (testamento ou codicilo), e alguns escritores (e.g., Marcel Nast) pretendem que a imutabilidade das convenções antenupciais não pode ir ao ponto de criar incapacidade de dispon devendo-se julgar válido o ato de cessão de todos ou alguns dos direitos do donatário.

5.

Interpretação do ato antenupcial. Todavia, aí, a questão é de interpretação do ato antenupcial. Se a doação, se bem que de direito de família, segundo os arts. 312-314, é separada do regime, claro que não se lhe contagia o princípio de imutabilidade. Mas é possível que se haja doado como parte integrante ou base, ou algo de ligado ao regime, e então é imutável a doação. Assim, a cláusula "A doa a E tantas apólices, que servirão para lhe assegurar com as rendas, a qualquer tempo, a subsistência e a dos filhos, dado o gênero de negócios do marido, e compensá-la do regime de separação" é ligada ao regime. Não no é a doação "A doa a E mil apólices e o regime é o da separação".

6.

Atos de terceiros. A irrevogabilidade do regime de bens do casamento não obsta a que venham aos cônjuges, em partes desiguais, por força de ato de terceiro, os mesmos bens, ou só um deles os receba, a despeito da comunhão universal; nem a que, sendo de separação o regime matrimonial dos bens, ambos adquiram o mesmo ou os mesmos bens, estabelecendo-se condomínio, composse, ou qualquer outra comunhão, ainda que tácita, não regida pelo direito de família (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 22 de agosto de 1929). Se se não disse qual a parte de cada um, presumem-se iguais (2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 25 de setembro de 1917, RD 46/641; Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agosto de 1929, *RT* 7 1/445; 14 de fevereiro, 73/345; 30 de abril, 74/38; 21 de maio de 1930, 75/487; 11

de setembro de 1931, 82/9; 1ª de abril de 1933, 87/125; já assim, 14 de dezembro de 1917, em dois acórdãos, 24/324 s.). Dá-se o mesmo quanto às dívidas. Embora seja de separação o regime, se ambos contraíram o débito e o bem dado em garantia hipotecária não basta, os credores podem demandá-los, conjunta ou separada-mente,

segundo os princípios de direito material ou formal, cada um por sua quota (Tribunal dNº

Justiça de São Paulo, 9 de maio de 1922, *RT* 42/338), ou em partes iguais, se se não discriminou a divida de cada um.

§ 889. Caducidade do pacto antenupejal

1.

Se o casamento não se lhe segue. Já vimos que os pactos antenupciais caducam se não se lhes segue o casamento. O casamento, a que ele se refere, — é claro; e não outro, ou qualquer casamento. Ainda mais: o mesmo casamento entre as mesmas pessoas; porque as pessoas podem ser as mesmas sem ser o mesmo o casamento, e.g., se nenhuma relação tem o noivado de agora com o do tempo do pacto, uma vez que um dos noivos se casou com outrem e, enviuvando, se vai casar com a pessoa que com ele assinou, outrora, o pacto antenupcial, ou se, roto o noivado por explicita vontade dos noivos, volvem esses a noivar sem o caráter de d

reconciliação e com outros intuitos de regramento dos bens. Tudo se resolve em questão de interpretação.

Aliás, o assento de que trata o art. 195, VIII, é decisivo, no que concerne ao regime de bens propriamente dito, salvo o que antes se expôs (§ 887, 4).

2.

Resolução de doações. Os doadores podem estipular que as doações se resolvam se o casamento se não realizar dentro de certo tempo. Aliás, ainda se não o marcaram, lhes é facultado pedir ao juiz que fixe prazo para que, não se celebrando, dentro dele, o casamento, caduquem as doações. Se assim não entendermos, as doações ficarão subordinadas ao capricho dos donatários.

Se o noivado se rompe e o doador adere ao rompimento, ou os noivos lho comunicam, a reconciliação não faz reviver a doação.

3.

Anulação ou nulidade do casamento. Caduca o pacto ante-nupcial, se o casamento é julgado nulo ou anulado sendo culpados ambos os cônjuges. Se só um é culpado, a caducidade é parcial, por força do art. 232, 1 e III. Assim, o cônjuge inocente fica com todas as vantagens havidas do outro cônjuge, inclusive doações; e o culpado tem de cumprir todas as promessas que lhe fez no pacto antenupcíal. Sendo ambos culpados, o pacto antenupcial apenas serve à liquidação de fato que acompanha a sentença sobre nulidade ou sobre anulabilidade do casamento. Se o casamento foi declarado putativo a favor de ambos os cônjuges, o pacto antenupcial produz todos os seus efeitos.

4.

Contágio da caducidade. A caducidade não se contagia ao que é estranho, materialmente, ao pacto antenupcial, como o reconhecimento do filho havido fora do casamento, a adoção, a venda e compra, ou a troca.

§ 890. Convenções antenupciais sobre sucessão futura

1.

Ordem da sucessão, disposição causa mortis e cláusula de reversão nos pactos antenupciats. A matéria das convenções sobre bens ao depois da morte ou com ela é assaz controvertida. Aqui, devemos encará-la diante do art. 256 do Código Civil. Assim, pergunta-se: a) Podem os nubentes, no pacto antenupcial, modificar a ordem legal da sucessão legitima? *b)* ~Podem os nubentes, no pacto antenupcial, dispor causa mortis?

c) ~Podem os nubentes doar causa mortis ou com cláusulas de reversão? A primeira questão requer longo exame, tanto mais quanto, sob o influxo de concepções feudais e nobiliárquicas, o direito português e luso-brasileiro admitira exceção à proibição dos pactos sucessórios quando feitos em pactos antenupciais.

2.

Testamento conjuntivo, recíproco e correspectivo; de Antônio da Gama aos nossos dias. Diz o art.

1.630 do Código Civil: “E proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.” No direito anterior, não havia textos sobre testamentos de mão-comum. Alguns praxistas queriam que deles pudessem usar os cônjuges e os irmãos. Mas verdade é que o jurisconsulto Antônio da Cama (Decisiones, dec.

231) somente se referia aos cônjuges. E foi Gama, no dizer de Coelho da Rocha (Instituições, 3a edição, 573), quem primeiro tratou da matéria em Portugal. Portanto, em 1578, época em que se publicaram as Decisiones, elaboradas por ordem do rei 9. Sebastião. Diz a emenda da Decreto nº 231: “De validitate testamenti mariti et uxoris, quod manu propria mariti scriptum fuit, et se ipsum haeredem scripsit.” Não estava nos textos reinícolas, porém estava na praxe. Aliás, em Portugal, a lei visigótica (Livro 6, V, Titulo 2) consignava-o, e daí, com certeza, a exceção. Dos Germanos imitaram os povos tais testamentos. Na península, há documentos do século XIIII. Aos cônjuges, sempre se permitiram, por influência dos povos nórdicos, quiçá desde as invasões. Assim, Alvaro Valasco (Decisionum Consultationum ac rerum iudicatarum, c. 7, nº 5, 21), Meio Freire (Institutiones, 5ª ed., IIII, 56), Manuel de Almeida e Sousa (D. VIII, sobre os testamentos recíprocos entre os cônjuges, Coleção de Dissertações jurídico-práticas em suplemento às Notas ao livro terceiro das Instituições, 196 s.) e Coelho da Rocha (Instituições, 573), além do velho Antônio da Gama (Decisiones, dec. 231). Eram muito reverenciados os livros de 5. Strxyk (Opera Omnia, 11, disp. 26) e de E C. Harpprecht (Diss. de testamentis correspectivis, disp. 38, t. 9). O Código Civil considera conjuntivo o testamento que hoje proibe, e espécies dele o simultâneo, o recíproco e o correspectivo. No simultâneo, há a disposição de ambos numa só: os dois testadores testam, dizem a mesma coisa. Exemplo: eu e A instituimos herdeiros a B; legamos a casa da rua do Ouvidor a D, a da rua do Rosário a E. No recíproco, cada um é herdeiro ou legatário do outro. No correspectivo, além da reciprocidade, faz-se causa de dispor a d

favor do outro o ter sido instituído por esse outro. Não é preciso que seja feito no mesmo ato, — “sive uno eodemque actu, sive actibus separatis, ao modo conficitur, ut vel ex verbis ipsarum expressis, vel

valde urgentibus circumstancIIIs appareat, quod altera persona non aliter de suis bonis ita disposuisset, quam si etiam altera de suis facultatibus ordinatam voluntatem, vel adhuc ordinandam, immutatam reliquerit, si altera ex post facto eam revocet, ilIa etiam ab altera pro revocata haberi debeat‟ (F. C. Harpprecht, Disp. *38)*. Eram longas e sutis as disputas. Quando surgiu o Preussisches Alígemeines Lcndrecht, III, 1, §§ 486-492, os juristas portugueses, prestos, apegEram-se a ele, para cortar, cerce, algumas questões, principalmente quanto àrevogação. O direito que se adotou em Portugal e no Biasil foi o seguinte: revogabilidade ad nutum do testamento simultâneo, subsistindo o outro que se não revogou; no recíproco e no correspectivo, havia de procurar-se o fim da retribuição: a) revogado um, sem o conhecimento do outro testador, tinha-se como revogada a disposição desse a favor daquele, mas não no resto (Preussisches Alígemeines Landrecht, III, 1, §

486); E) não se presumia ânimo de revogar naquele dos testadores que, sem mudar o testamento, apenas fez algumas alterações nos legadcs ou disposições secundárias; mas quando dessas alterações resIIItasse algum prejuízo às vantagens concedidas ao sobrevivo, deviam nessa parte julgar-se nulas (Preussisches Alígemeines Landrecht, III, 1, §§ 487 e 488); c) definitivamente separados os cônjuge~, revogava-se ipso facto o testamento (Preussisches Alígemeines Landrecht, III, 1, § 489); d) morto um dos testadores, se o sobrevivo aceitava, era de presumir-se a correspectividade (Preussisches Alígemeines Landrecht, III, 1, § 492).

3.

A atitude do Código Civil. Proibe o art. 1.630 do Código Civil brasileiro que se teste conjuntamente com outrem, — em conjunto espacialmente, em conjunto ternporalmente, ou em conjunto intencionaln‟iente.

Onde há reciprocidade e correspectividade, há intenção de testar em conjunto. Não é preciso que se dê simultaneamente a identidade ou continuidade espacial. Dois testamentos podem ser em atos diferentes, de datas diferentes, mas recíprocos ou correspectivos. Tudo está na maneira de testar, no intuito das declarações.

Erro é interpretar-se a proibição como só vedativa de testamentos materialmente de mão-comum, — testamento em que A e B, no mesmo papel e ao mesmo tempo, testam. Erro também é julgá-lo

vedativo de todos os testamentos que se lavrarem no mesmo papel, — quiçá na mesma lousa, ou no mesmo livro de tabelião. E

preciso penetrar no que constitui nocividade, para que se olhe o verdadeiro conteúdo do art. 1.630. Alguns escritores querem que o fundamento de se proibir seja o da revogabilidade: juntos, dilacerado, ou destruído um, revogar-se-ia o testamento do outro. Tanto não é esse o fundamento, que não valeriam os testamentos feitos no tabelião, atos que ficam no livro, e cada um, separadamente, sem inconveniente, poderia revogar.

Não atribuamos à lei razão ingênua. O que ela afasta tem alcance mais sério. Nada justificaria vedar que, na mesma folha dobrada de papel — uma pessoa de um lado, e outra de outro, separadamente, portanto —

testassem Jois casados, irmãos, ou amigos, suposto que nenhum laço captatório ou de contemplação da mesma pessoa existisse nesse dúplice testamento. Cada um teria escrito e assinado o seu, com as testemunhas de ato.

A fortiori, em se tratando de livro de família, ou canhoto, em que os testamentos sejam escritos de um lado (inseparável ou não) e de outro lado (separável) para ser levado ao cumpra-se. Nada impede que se lancem em seguida um do outro, com independentes formalidades. A conjuntividade será material e de mera continuidade. Digamos com E Endemann *(Lehrbuch,* 8ª-9ª ed., IIII, 484), exterior. A questão de se saber se os atos aproximados, talvez, por circunstâncias especiais, ajustados, constituem, ou não, espécie proibida, não pode deixar de ser quaestio facti: podem ser testamentos conjuntivos, ou — simplesmente — dois testamentos individuais (F. Endemann, *Lehrbuch,* 8"-9" ed., IIII, 434). Mais: para que seja proibida a correspectividade não é preciso que seja bilateral. Sim; mas, na espécie, só o ato que a tem pode ser, nessa disposição, invalidado. Não poderia invalidar o ato limpo de outrem. Se, porém, há — ainda com o pressuposto da unilateralidade da correspectividade — necessidade de ato material, ou alusão no outro, a invalidade contagiar-se-á.

4.

Testamento conjuntivo; Código Civil, arts. *1.630* e *256.* ~Os pactos antenupciais constituem exceção ao art. 1.630? Noutros termos: ~o art. 256 é regra especial, que derroga a regra geral do art. 1.630? Não, respondeu, em decisão de simplismo tranqüilo, a antiga Corte de

Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 1ª de dezembro de 1916 *(RD* 45/610). Sim, advertiu Clovis Bevilacqua (Código Civil Anotado, VIII, 85), acrescentando: desde que não prejudiquem herdeiros necessários, e são revogáveis por testamento. São assaz diferentes as opiniões: no primeiro caso, —nulas as disposições e tudo que delas dependa; no segundo, valem, se não forem revogadas.
Preliminarmente, ter-se-á de limitar o que é pacto sucessório. Doação não é pacto sucessório, ainda que para depois da morte: tais doações valem (art. 314). Também não épacto sucessório a doação do bem ao filho pré-matrimonial, com o usufruto vitalício ao outro cônjuge: o usufruto vai até a morte, mas o direito de domínio ficou com o filho, desde o momento da doação. Também não é pacto sucessório a disposição com termo fixado na morte, que se ajuste à propriedade resolúvel, reconhecida pelo Código Civil, arts. 647 e 648, instituto do direito das coisas, e não do direito das sucessões, ainda que nele se observe a coincidência de ser a morte o termo. Também não é pacto sucessório o em que a noiva ou outrem deu em d

dote, passando os bens aos filhos ou ao dotador (art. 283). Os bens futuros é que constituiriam pacto sucessório, só por isso, se a respeito deles se pactuasse para o caso de morte. A exceção é só a favor do dote, mas, neste, hão de ser adquiridos a título gratuito (art. 280, parágrafo único). Contudo, vejam-se os arts. 1.402

e 1.404. Aliás, quase todos os pactos antenupciais em que a reversão é à mulher, ou seus herdeiros, devem ser considerados dote. Portanto, valem. Devemos evitar as nulidades, a torto e a direito, com que se rasgam, descerimoniosamente, escrituras a que a lei considera o favor do matrimônio, como os pactos antenupciais.

Não menos perigosa é a decretação da nulidade parcial, que tem a grave conseqOência de riscar disposição, ou disposições, a pretexto de se tratar de pacto sucessório, mas deixar válido o resto, que — na maioria dos casos

— dependeu, no ajuste, daquele pormenor. Demos o exemplo: “São comuns os prédios, ora pertencentes à mulher, de nº 1, 2, 3, á rua 8, e comum o prédio nº 4 da rua A, ora pertencente ao marido; mas, se esse premorrer, reverterá a propriedade a favor da mãe dele, para o seu sustento. Os cônjuges não venderão, por isso, o prédio nº 4, em que moram.” E a doação, com o termo morte do doador: a propriedade comum éresolúvel. Podia ser feito em contrato de doação, reservado o usufruto, ou, se quisessem, com a dependência do termo (doação para depois da morte). ~Por que não poderá ser feito em

pacto antenupcial, que tem maior franquia? Finalmente: se há pacto sucessório, proibido pela lei (art. 1.089), feito em escrita antenupcial, cabe à interpretação verilicar. Porque, se faz parte de um todo, com a secundariedade da passagem por morte, ou se compõe figura do direito das coisas ou doação para o tempo da morte, ou se apenas atenua o regime de bens, não é contrato de herança. Se os pactos, que têm por objeto quotas futuras, na ordinariedade dos casos são dissimulados contratosjde herança, não assim os que recaem em determinado bem, que o proprietário, no momento, pode doar, vender resoluvelmente etc. (O prazo do art. 1.141 só se refere à retrovenda: de modo que, nos contratos gratuitos, nada obsta à cláusula de reversão ou de resolução por morte.) Não se trataria, em tais espécies, de pacto corvina, disposição sobre a herança de outrem, nem de pacto sobre a própria sucessão, que fizesse perigar a liberdade de testar. Para que haja pacto sucessório, é de mister: a) que se funde na expectativa de sucessão ainda não aberta; *b)* que seja contrato sobre bens de outrem, presentes ou futuros, ou, se de um dos cônjuges, futuros ou existentes ao tempo da morte. (Os bens presentes podem compor a figura de direito real, — propriedade resolúvel, usufruto, constituição de renda.) Quanto à revogabilidade ou não do que constitui matéria sucessória proibida, a solução da Corte de Apelação do Distrito Federal é mais segura que a de Bevilacqua: se e proibido, não precisa ser revogado, — é não-escrito. Admitida a revogabilidade, interviriam questões sutis de efeito da revogação das disposições recíprocas ou correspectivas, assunto estranho ao direito de familia. A cláusula de ter o cônjuge do donatário o usufruto se o outro premorrer sem filhos, — doação implícita de usufruto ao cônjuge sobrevivente (L. Lyon-Caen), ou instituição contratual de usufruto pelo dotado ao seu cônjuge, como preferiu E Gény — tida por pacto sucessório proibido, nas convenções antenupciais, por injusta jurisprudência francesa (Cassação, julho de 1901; Câmaras Reunidas, 2

de julho de 1903; Orléans, 30 de abril de 1904), não se confunde com a constituição de usufruto a partir da entrega do bem e até a morte do outro cônjuge (doação de usufruto), desde que a propriedade fique ao doador ou a pessoa certa, e.g., o cônjuge, se doação de terceiro. A construção da propriedade resolúvel exige a transmissão do domínio, e não é, a priori, incompatível com os próprios móveis. A doação com cláusula de reversão não é o caso único. O que é preciso, para que não incida na sanção proibitiva, é que a figura de direito das coisas se forme. Vamos aos casos concretos: no pacto antenupcial ou não, A doa a E a propriedade resolúvel ou o usufruto do bem X, estipulando que B alimente mãe de A (obrigação pessoal ou constituição real de renda) até a sua morte, ou que lhe pague o valor do bem no dia em que A

morrer, reservando-se o direito de substituir alguém à sua mãe, se ela premorrer a A. Não se trata de contrato de herança (K. Hellwig, Die Verti-age auf Leistung an Dritte, 623 **5.;** L. Schiffner, Der Erbvertrag, 95, nota 27; E Ritgen, em G.

Planck, Búrgerliches *Gesetzbuch,* V, 514).

5.

Código Civil, art, *1.089.* No art. 1.089, diz o Código Civil: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva." Aqui, cumpre distinguir-se o contrato de herança própria e o contrato sobre herança de outrem. Depois, havemos de tratar das relações entre o art. 1.089 e o art. 256.

6.

Contrato de herança. Há povos que reconhecem o contrato da herança, figura ao mesmo tempo contratual e de direito sucessório; posteriormente foi G. Hartmann quem frisou dever-se ter o Erbvertrag como testamento contratual irrevogável. No Código Civil alemão prevaleceu, ao que pensa K. Hellwig (Die Verti-age auf Leistung an Dritte, 591, 599), tal concepção, se bem que o neguem L. Schiffner (Der Erbvertrag, 61

s.) e G. Frommhold (Erbrecht des *BGB.,* 246). Em todo o caso, — ainda entre os que não admitem a concepção de G. Hartmann — muitos reconhecem que se não trata de simples contrato. Para ser mais testamento do que contrato, falta-lhe a liberdade, elemento essencial. Nele vige a irrevogabilidade; portanto o contrário do livre dispor (H. Dernburg, Das Búrger)iche Recht, V. 271). No testamento, a lei é o altruísmo; no contrato, mais o egoísmo. O contrato de herança está para a morte, como a troca para a vida. Se é certo que não exige o conteúdo pecuniário, nem por isso deixa de supor prestação e contraprestação. Como contrato, a proposta não pode ser condicionada: perfaz-se integralmente no momento (os §§ 145 s. do Código Civil d

alemão são aplicáveis). F. Ritgen (G. Planck, Kommentar V, 514) pretendeu caracterizá-lo como abstrato e gratuito. Mas ~abstrato, por quê? Não é de espantar que H. Dernburg (Das Búrgerliche *Re?ht,* V, 272) atribuísse tal adjetivo à moda reinante de catar relações

abstratas, transformada, então, em verdadeira abstratomania. Quanto à gratuidade, não têm razão E Ritgen, nem H. Dernburg: as disposições é que podem ser bilaterais ou não, onerosas ou gratuitas, o que transforma o contrato numa colcha de retalhos.

7.

Atitude do direito brasileiro e do direito português. É usual dizer-se que não se tem o contrato de herança porque o proibe o art. 1.089 do Código Civil brasileiro, dispositivo que aparece no direito das obrigações. Por amor da precisão técnica, ponhamos nos devidos termos a questão: se assim fora, nada significaria o § 312 do Código Civil alemão que diz a mesma coisa: o contrato sobre a herança de pessoa ainda viva é nulo". Pessoa ainda viva, na espécie, é terceiro. Se o Brasil não tem o contrato de herança, cujo objeto sejam os próprios bens presentes e futuros do contraente, é porque somente reconhece, no direito de sucessões, uma espécie de disposições mortis causa: o testamento, que depende de formalismo especial e é, por definição, revogável ad nutum. Não é ocioso insistir-se nisso, porquanto se tem pretendido, com a só invocação do art. 1.089, invalidar, aqui e ali, inconsideradamente, tudo quanto se refira à suspensão ou resolubilidade no momento da morte. Vejamos os antecedentes mais aparentados ao Código Civil. Dissera o anterior Código Civil português art. 2.042: "Ninguém pode, nem sequer por contrato antenupcial, renunciar à sucessão de pessoa viva, ou alienar, ou obrigar os direitos que eventualmente possa ter à sua herança." Constituiu tal dispositivo do velho povo o melhor comentário ao nosso: tratando-se de sucessão de outrem, ainda não aberta, ninguém pode, ainda em pacto antenupcial, renunciar, alienar ou obrigar os direitos que possa ter. Não cabe distinguirem-se sucessão necessária, legitima, ou testamentária.

Os princípios que têm de limitar a disponibilidade dos próprios bens, presentes ou futuros, e criar duas séries de atos —proibidos e não-proibidos — não podem ser baseados no art. 1.089. Mas derivam da revogabilidade inderrogável dos testamentos, e tão-somente disso. Portanto, se o negócio juridico — unilateral ou não —

pode compor figura do direito das coisas ou do direito das obrigações, sem ser matéria especifica de testamento, não pode deixar de ser reconhecido. Recai sobre patrimônio do contraente e fora absurdo, se não dissimula laço contratual ou irrevogabilidade unilateralmente querida, substitutiva do testamento em assunto que somente ele

poderia reger, riscar-se, por nulo, o que a pessoa quis e constituiu. No Código Civil argentino, art. 1.175, a redação também não só se refere à herança de outrem: “No puede ser objeto de um contrato la herencia futura, aunque se celebre con eI consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.“ Herança de outrem, ou própria.

8.

Os pactos sucessórios no direito anterior. No direito anterior, os pactos sucessórios eram proibidos (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 70, §§ 3 e 4). Excetuavam-se: os que versassem sobre herança de terceiro, se consentidos por esse, mas sem que esse perdesse a faculdade de mudar de vontade (Jorge de Cabedo, Practicarum Observationum seu Decisionum, 1, dec. 164, nº 5); quando contivessem doações para casamento determinado, ou se houvessem estipulado em contratos antenupciais (Lei de 17 de agosto de 1761,

§ 8; Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, III, 467; Coelho da Rocha, Inst ituições, 3ª cd., III, 577).

9.

Modo de partilha e pacto comercial. São válidas as convenções antenupciais que regulem o modo de partilha da comunhão, ou que tenham por objeto parte eventual nos bens comuns a serem partilhados; e.g.:

“Todas as ações que tiver o sobrevivente na empresa A serão atribuidas ao marido ou à mulher, dando-se à mulher (ou ao marido) os outros bens, ou mediante reposição”; “Ao sobrevivente caberão dois terços dos bens comuns” (doação causa mortis, válida até onde não infringir o art. 312, cp. art. 1.176), “O sobre-vivente ficará com todo o fundo do comércio, mediante reposição fixada por peritos” (chamada cláusula comercial).

10.

O favor da pacto. Na dúvida sobre ser pacto ilícito, ou válido, o que consta do pacto antenupcial, entende-se válido. A cláusula de renúncia do ascendente doador ao seu direito de reversão, em proveito do

cônjuge do filho dotado, não precisaria de tal argumento, pois a doação poderia ser sem reversão e não haveria renúncia à sucessão, mas restrição à reversão (cf. E Gény, Science et technique en droit privé positif, IIII, 170

s.). Não há favor se a dúvida é sobre a existência mesma do pacto.

§ 891. Regra jurídica dispositiva da comunhão e regime cogente de separação d

1.

O Código Civil, art. *258.* Na lei civil brasileira, não há artigo cogente sobre comunhão. Ou o regime da comunhão resulta da vontade expressa das partes, ou de principio dispositivo. Conforme já vimos, segundo o art. 258, "não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial". Aí, o que se prevê é a não-existência de qualquer convenção, ou a nulidade da única que se fez, ou de todas, que significariam vontade dos cônjuges. Onde há o vácuo de vontade, entra o regime legal da comunhão parcial.

Pode dar-se, porém, que haja convenção e exclua o regime da comunhão de bens. Em tal caso, se nada foi dito quanto aos adquiridos na constância da sociedade conjugal, prevalecerão, no silêncio do pacto antenupcial, os princípios dela, quanto aos aqúestos (art. 259).

A evolução do regime legal, dispositivo, foi acidentada, devido ao vai-e-vem dos elementos germânicos e romanos, em diferentes doses, desde que cessou o domínio romano na península (228 a. de C. até 411) e se iniciou o domínio germânico (412-713). Uma ociosa é o costume da comunhão universal de bens, ligado à primitiva comunhão visigótica, e de modo nenhum efeito de evolução econômica, e outra o que os reis germânicos, mais ou menos romanizantes, queriam que fosse o regime legal. Tudo se passou — quanto ao que interessa ao direito luso-brasileiro e brasileiro — no sentido de se tornar regime legal o regime costumeiro, que se implantara na realidade da vida, às vezes contra os textos legais.

A comunhão universal de bens entre cônjuges, a que se referem os costumes e textos portugueses, é a comunhão universal do primitivo direito germânico, instilada nos costumes. Escusado éadvertir-se em que seria confundirem-se costume e lei levarem-se em conta fantasias de J. Ficker (Untersuchungen zur Erbenfolge, IV, 313) sobre a separação completa.

Quanto à comunhão dos adquiridos, no século VIII, o problema é árduo, porém perde todo o interesse prático para a história do direito brasileiro. E indiferente para ela se, diante da Lei recesvindiana Dum cuiuscumque (Lex Visigothorum, IV, 2, 16), havemos de pensar em instituição germânica, ou novidade do legislador, que alteraria a "união de bens", como pretende R.Schrõder (Geschichte des ehelichen Gúterrechts in Deutschland, 1, 135). O costume era pela comunhão dos adquiridos e a lei pólo em texto, sem que se possa aceitar a opinião de Alfred Schultze (Úber westgotisch-spanisches Eherecht, 71 s.) que tem a Lei de Recesvindo como inovadora. Recesvindo reinou de 649 a 672. No século IX, a comunhão dos adquiridos está nos documentos,

— e isso é o que nos importa.

2.

Caso de obrigatoriedade. A livre deliberação quanto ao regime, em pacto antenupcial, cessa quando a lei impõe outro regime. Então, a regra é cogente. No Código Civil, temos as espécies do art. 258, parágrafo único, 1 a IV, que é regra juridica exaustiva.

"É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: 1 - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, nº XI e XVI (art. 216). III - Do maior de sessenta e da maior de cinqUenta anos. IIII -

Do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, nº

XI, com o consentimento do tutor. IV - De todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts.

183, nº Xl, 384, nº IIII, 426, nº l,,e 453)."

No acórdão da V Turma do Supremo Tribunal Federal, de 7 de outubro de 1947 *(RF* 126/430), parece que se reputou ser apenas concernente aos bens trazidos pelos cônjuges o regime da separação legal, o que é absurdo, pois o art. 259 é regra jurídica dispositiva que só se pode invocar quandQ haja auto-regramento da vontade (=

autonomia da vontade), e não onde não no há. A 1ª Turma, a 12 de julho de 1943 *(RF* 98/67), já havia chegado a esse extremo de ter o art. 259 como regra de estruturação dos regimes. Com razão, — Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal a 6 de julho de 1944 (100/72), 5ª Câmara, a 15

de janeiro de 1940 *(RT* 126/242), Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 28 de agosto de 1945 *(RT* 169/80

1) e 9 de maio de 1946 *(RF* 108/524), Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 29

de dezembro de 1945, (107/103), 2ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de outubro de 1940 *(RT*

134/120). Se houve entre os cônjuges, casados pelo regime legal da separação de bens, que estabelece dois patrimônios inconfundíveis de direito de família, sociedade ou comunhão simples, inclusive condomínio (e.g., compraram os dois, juntos, o mesmo prédio, por frações iguais ou não), é outra questão, fora do direito de família. Esse era o problema que se havia de considerar, sem se precisar de torcer, com falsa erudição, o art.

259 do Código Civil. Se se disse que os bens A e B ficavam em separado, ou se se disse que os bens trazidos não se comunicariam, quanto aos demais incide a regra da comunhão, como ius dispositivum. A regra jurídica, dispositiva, évelhissima; porque „matrimonio enim contracto, omnia bona efficiuntur communia, d

exceptis is de quibus specialiter disponitur per contrahentes" (Antônio da Gama, Decisiones, d. 314, 5; Álvaro Valasco, Decisionum Consultationum, 1, 237: "Unde in his qual specialiter cauta non sunt, prout in proposita specie de matrimonio simpliciter contracto sine mentione lucrorum acquirendorum, manemus in dispositione iuris nostri regni Lusitaniae, quod est ius commune apud nos"). Lá está em Lafaiete Rodrigues Pereira (Direitos de Família, 122): "se não há disposição especial acerca dos adquiridos, eles caem sob a regra geral".

Todo o mal foi a falta de técnica na solução do caso dos estrangeiros imigrantes, que, vindo trabalhar em comum, adquiriram, por direito das obrigações e por direito das coisas, em comum: em vez de se restringirem alguns advogados e juizes a ver o problema de direito das obrigações, ou das coisas, argumentaram sem textos brasileiros e acabaram por perturbar a própria interpretação do Código Civil, especialmente do art. 259. O

problema de se saber se sobreveio sociedade, ou comunhão, de direito das obrigações ou das coisas, ou até das sucessões (e.g., C legou ao casal o prédio em que residem, os cônjuges herdaram a fazenda de C, em partes indivisas), é o mesmo para as pessoas domiciliadas no Brasil, e para as pessoas sujeitas a outro estatuto sobre regime matrimonial de bens. Nada tem com o direito de família. A respeito há expressões acertadas em alguns julgados (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de junho de 1950, *RT* 188/193: „por esforço comum";V

Câmara, 11 de outubro de 1951, 196/284: "com o produto do trabalho de ambos os cônjuges"; antes, a nº Câmara, a 2 de fevereiro de 1938, 112/157, dissera: "Devem ser partilhados entre marido e mulher, embora casados sob o regime de separação, os bens por eles adquiridos na vigência do matrimônio e oriundos da indústria comum dos cônjuges"; a 3ª Cãmara, a 28 de novembro de 1945, 160/747, depois de divagar, sem pertinência, sobre o art. 259, assentou: "Assim, embora se trate de casamento no regime da separação de bens, é de se presumir terem sido os que estão sendo inventariados adquiridos pelos esforços e trabalhos de ambos os cônjuges, sendo inegável o direito da apelante à sua meação, máxime quando dos autos há provas de ter ela adquirido em seu próprio nome um imóvel posteriormente alienado pelo casal. Tudo isso demonstra que os bens foram adquiridos com o concurso dos dois cônjuges, durante o casamento que durou dezoito anos, na constância da sociedade conjugal e evidente comunhão de interesses"; 1ª Câmara, 24 de junho de 1952, 204/313:

"Nos casais de imigrantes que aqui chegaram pobres e se enriqueceram pelo trabalho comum, há sociedade de fato em que cada um dos cônjuges tem uma metade ideal"; cf. Supremo Tribunal Federal, 8 de novembro de 1948, RT 64/323: "O regime da separação legal, pelo casamento de viúvo, antes de concluída a partilha de bens do seu primeiro casamento, não exclui a comunhão de aqúestos, que se funda na cooperação de ambos os cônjuges. Esta sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infligir lesão injusta aos cônjuges, que, pelos esforços e indústria comuns, obtiveram bens, que devem formar a caixa social."). É preciso

que se não confunda regime matrimonial de bens e comunhão extra—regime.

3.

Defeito de assentimento. Os que se acham sob o pátrio poder, tutela, ou curatela, e casam sem assentimento das pessoas que haviam de assentir, podem pedir o suprimento judicial de tal assentimento.

Todavia, para o efeito da comunhão, o provimento do juiz não lhes aproveita, porque o regime de bens, ainda assim, será o da separação. Para chegar a tal conclusão, cita-se o art. 258, parágrafo único, IV, e não o art.

258, parágrafo único, 1. Mas éclaro que os dois preceitos hão de ser entendidos conjuntamente, e não se justifica que os separasse por espécies diferentes o texto legal. Tanto fica sujeito ao regime da separação de bens o que casa sem assentimento como o que cria com suprimento judicial.

A obrigatoriedade estabelece o regime dentro dos limites da incidência da lei brasileira. Uma das consequências mais importantes é a seguinte: se o menor, que casou sem assentimento, ou que somente obteve sumprimento judicial, é domiciliado no Brasil e não no é o outro cônjuge, os bens do menor domiciliado, que se casou, ficam subordinados ao regime da separação de bens, uma vez que se trata de lei de proteção e cabe na esfera de incidência da lei brasileira. Isso não quer dizer que os bens do outro cônjuge, subordinados à lei estrangeira, fiquem sob o regime da separação de bens. A outra lei é que decide. *A* ela tocaria proteger o outro cônjuge. Se não no protege, tudo se passa de acordo com os princípios do seu direito. Aliás, qualquer que seja o regime imposto por essa lei, ficam incólumes as regras jurídicas brasileiras do art. 258, parágrafo único, 1 e IV.

4.

Incapacidade matrimonial. O art. 183, citado, compreende, além dos sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, mencionados no inc. Xl, as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito (inc. XIII) e os outros casos, que adiante referiremos. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito

são impedidos de casar, proibitiva e dirimentemente, ainda que tenham assentimento do titular do pátrio poder, ou do tutor, ou do curador, razão por que o Código Civil lhes fez menção especial, não os incluindo no art. 183, XI. Se vale o casamento (art. 214), o regime é o da separação.

d

5.

Viúvo ou viúva. A terceira espécie reporta-se ao viúvo, ou viúva, que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (arts. 183, XIIII, 225). De antemão, notemos que se não fala de filho menor, mas, em geral, do filho. Não se cogitou, tampouco, de anulação; só se cogitou da viuvez. Falou-se de inventário e de partilha. Tal partilha pode ser judicial, ou amigável, desde que judicialmente homologada. Não basta a escritura pública de partilha. O inventário é necessário, e não se dispensa. Se não há bens, há de ser feito o inventário negativo, sob pena de se estabelecer a incidência irrecusável do art. 258, parágrafo único, 1. O que importa é o fato de se casar sem se ter feito o inventário e, havendo bens, sem se ter dado partilha aos herdeiros. A partilha só se dispensa onde não seria possivel: no caso de inventário negativo. Por inventário negativo entende-se aquele que foi devidamente julgado, se constitui res iudicata a decisão. Duas hipóteses podem ocorrer: a) a sentença proferida no inventário negativo passou em julgado antes do segundo casamento; *b)* a sentença proferida no inventário negativo não passara em julgado até a data do casamento, inclusive. No caso da letra a) nenhuma questão pode surgir, sendo, porém, de notar-se que a ação rescisória da sentença que julgou o inventário negativo, desfazendo a decisão, permite a reivindicação de todos os bens que haviam de ser inventariados e partilhados e nao no foram, porém não impõe o regime da separação, uma vez que o outro cônjuge e os terceiros se guiam por decisão judicial passada em julgado. Isso não quer fizer que não tenham de sofrer quaisquer conseqüências da reivindicação, em virtude da sentença proferida na ação rescisória. No caso da letra *b),* se foi interposto recurso, o provimento, a favor dos herdeiros do primeiro leito, tem o efeito de, reformada a decisão sobre a negatividade do inventário, sujeitar o cônjuge ao regime, da separação de bens, por força do art. 258, parágrafo único, 1. do recurso não se conheceu, foi tempestiva a coisa julgada. Se contra a sentença que julgou a negatividade se propõe ação rescisória, a

decisão que julga procedente tal ação tem por conseqüência desfazer a sentença lavrada no inventário negativo e confirmada na superior instância, ou só proferida na superior instância, bem como estabelecer o regime da separação de bens, uma vez que cônjuges e terceiros não podem invocar a confiança em coisa julgada, anterior ao casamento. Quando esse se efetuou, sentença de inventário negativo não havia. A coisa julgada posterior nenhum efeito possui, porque sobreveio a rescisão. Se a decisão, no inventário, não o julga negativo, nem tudo se passa à semelhança do que dissemos.

A coisa julgada há de existir antes do casamento. Se posterior, o regime da separação ficou estabelecido. O

próprio provimento da ação rescisória da sentença de partilha, quando proposta pelo viúvo ou pela viúva que contrai novas núpcias, nenhuma conseqüência tem, ainda que nulo fique todo o processado do inventário e da partilha. O que interessa à lei é o ter existido inventário e partilha, ou somente inventário negativo, com decisão passada em julgado. Em todo o caso, não se confundam sentenças rescindíveis e sentenças inexistentes, ou eivadas daquelas nulidades que não precisam de rescisão do julgado, para que se decretem.

Pretendeu-se que o regime da separação, imposto, punitiva-mente, ao viúvo ou à viúva que convola a segundas núpcias sem inventário e partilha dos bens ao tempo em que morreu o outro cônjuge, só se estabeleceria quando provada a existência de bens. Fora dai incidiria o art. 259. Assim a 6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 10 de maio de 1933 (Ai 27/345); contra, e certo, a 5ª Câmara, a 16 de maio de 1935 (35/376): provado que o viúvo que contraiu novas núpcias o fez sem ter precedentemente realizado o inventário do casal, de que existem filhos menores *(?),* o regime matrimonial do segundo casal, que se estabelece obrigatória e automaticamente, é o de separação de bens". A referência a menores foi escusada; a lei não distingue. Acrescenta o acórdão: "... essa é a regra geral ex vi legis, sendo de notar-se que são raríssimos os casais que não possuem absolutamente nenhuns bens". A jurisprudência mais copiosa é no mesmo sentido: e.g., Corte de Apelação do Distrito Federal, a 27 de junho de 1927 (RD 86/190); Tribunal da Relação de Minas Gerais, 27 de janeiro de 1934 *(RT* 62/142). Errado, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25

de setembro de 1931 *(RT* 80/45). O regime de bens nasce do fato, e

não da prova do fato de se não ter feito inventário e procedido à partilha: e a lei fala de inventário e partilha, e não de *bens.* Há inventário negativo e tal inventário seria a única prova, se bens não havia. O interesse público está em que o regime resulte de fatos claros, constantes de registros. Se há registro do casamento anterior, e registro do casamento posterior, necessariamente instruído o processo de celebração com a certidão de óbito, e não há inventário e partilha, o que todos hão de saber é que o regime é o da separação. Se havia ou não havia bens, não importa. O que importa é o fato de ter havido, ou não, inventário e partilha, ou só inventário, se negativo. Também se pretende que o regime imposto só se refere aos bens anteriores ao segundo casamento, e não quanto aos aqIIIestos. Tal interpretação insustentável (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de junho de 1933, *RT* 88/399) procurava estear-se no art. 259. A resposta está na jurisprudência do Distrito Federal (5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 30 de junho de 1925, *RD* 79/245; 20 de abril de 1932, *Ai* 23/35).

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, a 8 de novembro de 1948 *(OD* 64/ 323), decidiu que pode haver comunhão de aqúestos, fora do direito de família, o que está certo, se bem que reine entre os juizes extrema confusão de conceitos.

d

6.

Casamento anterior. A quarta hipótese é a da viúva, ou da mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até trezentos dias depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, deu à luz algum filho (art. 183, XIV). A certidão de óbito e a sentença que decretou a .i~ulidade ou anulou o casamento, necessariamente proferida em processo de rito ordinário, uma vez que os casamentos, ainda nulos, somente podem ser julgados nulos dentro de tal rito, têm data, de modo que, se entre a data do óbito ou a da sentença que dissolveu a sociedade conjugal e o casamento, não medeiam trezentos dias, o regime do novo casamento é o da separação de bens, salt"b se, antes de findo tal prazo, nasceu algum filho à viúva, ou à que teve nulo ou anulado o seu casamento. Conforme dissemos, ao falarmos da separação judicial, se houve separação de corpos, antes da sentença de dissolução da sociedade conjugal, discute-se se dai começa a ser

contado o prazo. Entende-se que o prazo é de trezentos dias, devido ao art. 338, III.

7.

Art. 183, XV e *XVL* A quinta espécie é a de que cogita o art. 183, XV, já referida ao tratarmos de tal regra; e o mesmo ocorre com o art. 183, XVI. O impedimento proibitivo resultante do art. 75 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, (casamento religioso), não tem a consequência de produzir, só por si, o regime da separação de bens.

8.

Idade alta. O maior de sessenta anos e a maior de cinqUenta podem casar. Nenhum impedimento existe. Todavia, para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. E cogente o da separação de bens.

O

art. 258, parágrafo único, III, incide ainda que tenha havido pacto de outro regime matrimonial que o da comunhão universal (Supremo Tribunal Federal, 5 de outubro de 1949, *RF* 128/ 97), ou se foi feito o assento do casamento como sendo pelo regime comum (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, 8 de novembro de 1949, 129/ 401). Tal pacto se tem por não-escrito ou por inexistente o item do assento no que se refere ao regime; não se precisa propor ação de nulidade, porque a sanção da lei émais forte (cp. 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7 de abril de 1937, *RT* 121/224: "... o art. 258, III, do Código exige, obrigatoriamente, o regime da separação de bens no casamento, quando maior de sessenta anos o marido, e está provado que, ao casar-se com a agravada, o inventariado já era maior de sessenta anos. A cláusula do regime comum, portanto, não pode prevalecer e nem mais ser mantida, desde que contraria a disposição absoluta do art. 258, III, de modo a ser tida "como não-escrita", nos termos do art. 257 do mesmo Código. A jurisprudência também já assentou que "o regime de separação obrigatória, decorrente de um preceito absoluto de lei, deve ser

rigorosamente observado, quaisquer que sejam a fraude ou artifícios dos nubentes para contornar o preceito legal"). O art. 258, parágrafo único, III, é cogente, porém não de ordem pública, o que é assaz importante em direito intertemporal e em direito internacional privado. Na ordem internacional, a regra jurídica do art. 258, parágrafo único, III, que exige o regime matrimonial da separação de bens aos varões maiores de sessenta anos e às mulheres de mais de cinqUenta, não é de ordem pública, de modo que não incide em se tratando de casamentos regidos, quanto ao fundo, por estatuto estrangeiro (2ªTurma do Supremo Tribunal Federal, *9* de janeiro de 1951, *RF* 138/131; e 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de agosto de 1948, 176/666, extremamente confuso o acórdão, porque a conclusão discorda de alguns fundamentos).

9.

Regra geral. O Código Civil fala do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos casos dos arts. 394, parágrafo único, e 395, I-IIII, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o assentimento do tutor. Os arts.

394, parágrafo único, e 395,1,11 e IIII, são os que prevêem a suspensão e a perda do pátrio poder. Nova legislação cogitara de perda e suspensão do pátrio poder, com o nome de Código de Menores. A alusão do art.

258, parágrafo único, IIII, aos arts. 394 e 395 do Código Civil tem de ser entendida, não somente feita a essas duas regras, como a todos os princípios legais que cogitem da suspensão ou da perda do pátrio poder O

legislador andou mal em não meditar nas consequências do que escrevia. Quando o pai foi suspenso d?i pátrio poder, ou quando o perdeu, e o menor é pobre, a regra do art. 258, parágrafo único, IIIi, é de clamorosa injustiça: a lei veda que o menor seja meeiro do rico que com ele casa. Não só. O órfão de pai e mãe, principalmente a órfã, se pobre, tem de casar com o rico sem comunhão de bens. O gume da faca de proteção corta, na maioria dos casos, aquele mesmo a quem procurara proteger.

10.

Regime obrigatário. Sempre que se dá suprimento judicial para o

casamento, o regime é o da d

separação de bens. Esses princípios rígidos, apriorísticos, têm, por vezes, resultados lastimáveis. Exemplo concreto, tirado da vida real, bem o mostra. Menor. de classe média, de poucos recursos, pediu suprimento judicial para casar com homem de certa idade, rico, vítima de explorações do pai da menor, que lhe exigia grande quantia para dar o assentimento. Concedido assentimento, teve a menor de casar sob o regime de separação de bens, verificando o juiz, com pesar, que o noivo ainda tinha pais vivos, de modo que, no caso de morte, a mulher não herdaria do marido (art. 1.603, III).

§ 892. Marido e posse dos bens da mulher

1.

Código Civil, art, *260.* Estatui o Código Civil, no art. 260: "O marido, que estiver na posse de bens particulares da mulher, será para com ela e seus herdeiros responsável: 1 - Como usufrutuário, se o rendimento for comum (arts. 262, 265, 271, nº V, e 289, nº III). III - Como procurador, se tiver mandato, expresso ou tácito, para os administrar (art. 311). IIII - Como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador (arts. 269, nº III, 276 e 310)."

2.

Usufruto. Se o rendimento é comum, a figura do usufrutuário serve à fixação da responsabilidade e dos direitos do marido. Se há mandato, não se precisa de ir buscar qualquer categoria juridica: e procurador o marido e, como tal, tem direitos e obrigações, dentro das normas do mandato, expresso, ou tácito. Se não éusufrutuário, nem procurador, então a sua situação é a de depositário. Tem de restituir os bens quando reclamados, com quaisquer frutos acrescidos, e responde por sua negligência na conservação, se bem que as despesas corram por conta da mulher.

3.

Administraçâo pela *mulher.* O art. 260 somente falou do marido. Nada disse sobre a mulher. No entanto a ela cabe dirigir e administrar o casal nos casos do art. 251. Tudo se rege, aí, pelo art. 251, parágrafo único, a cujo estudo se há de recorrer

§ 893. Direito intertemporal

1.

Lei nova. A lei nova, que estabelece outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebrados antes dela (Chabot de LAílier, Questions transitoires sur Code Napoléon, 2ª

ed., 1, 105 s.), salvo regra explicita em contrário, A cláusula de retroatividade, proibida sob as Constituições de 1891 e de 1934, foi permitida sob a Constituição de 1937. Voltou a proibição, com as Constituições de 1946, de 1967 e de 1988. O mesmo raciocínio vale para os casos de anexação de território. Note-se a diferença entre o que ocorre com o regime matrimonial de bens e o que se dá em relação aos efeitos pessoais do casamento. Esses são regidos pela lei nova, inclusive quando são efeitos de obrigação alimentar.

Não cabe distinguir-se se as regras são cogentes, dispositivas ou interpretativas.

2. Regimes obrigatórios. Quanto aos regimes que não assentam em convenção tácita, a solução não é tão fácil.

A incidência imediata é a que mais convém às leis de proteção. Em todo o caso, traz-se contra isso (e, a Jortiori, contra os efeitos retroativos) que se deve evitar a perturbação decorrente de novo regime (M. Nast, Régimes matriflioniaux, *Traité* de Planiol e Ripert, VIIII, 1ª parte, 16, 17; Teste, La Rétroactivité des bis en matiêres d"état et de capacité des personfles, 127). A questão merece maior exame. Se a lei não diz respeito a contrato, nem a presunção de contrato (convenção tácita), mas ao que se entende deva ser a norma tutelar de mulheres, menores ou velhos (por exemplo), incide imediatamente, de moi que apanha os regimes matrimoniais em curso. Não é obstáculo o art. 5ª, XXXVI, da Constituição de 1988.

No Código Civil brasileiro, o regime matrimonial é imposto pela lei: 1 - As pessoas que celebrarem o casamento com infração do estatuído no art. 183, Xl (arts. 216, 258,1), isto é, aos que se casarem quando sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela sem assentimento do pai, tutor ou curador, ainda que tenham obtido suprimento judicial (art. 258, IV). ~A lei nova apanha o regime em curso, se era contratual? Não. ~Se era outro o regime e obrigatório? Aí, sim. Os efeitos são imediatos; e não retroativos. Lei fez, lei desfaz. Se foi abolido o regime obrigatório, entende-se que permanece o que uma vez se impôs, por ser impossível d

preencher se o vazio que ficaria, salvo disposição formal de lei, ou regra dispositiva nova. III - As pessoas que se casarem com infração do art. 183, XIII (arts. 216, 258, 1), isto é, às mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito. A lei nova incide imediatamente, porque não há qualquer elemento contratual: há lei de proteção, que atua desde logo sobre as situações em curso. IIII - Ao viúvo ou à viúva que tenha filho do cônjuge falecido e não fez inventário dos bens do casal (art. 225) ou não deu partilha aos herdeiros (arts.

183, XIIII, 258, 1). Aqui, a lei velha que estabeleceu regime obrigatório sobrevive; a lei nova que o cria somente seria útil se não tivesse havido a confusão, que o novo texto pretende evitar. O legislador tem aí problema técnico a resolver. Se o não resolveu, não é o elemento de penalidade que se junta ao de proteção, mas a consideração de ser instantânea a confusão, que se quis impedir, indica que a lei, salvo regra expressa, não tem incidência imediatamente, menos ainda retroativamente. IV - A viúva, ou à mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, se casou até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo deu à luz algum filho (arts. 183, XIV, e 258, 1).

Também aqui, se não se trata mais de penalidade do que de proteção, só o efeito retroativo seria útil, de modo que se não há de entender com efeito imediato a lei nova que impõe o regime. A lei velha que o estabeleceu permanece, por se não poder preencher o vazio. V - Às pessoas indicadas no art. 183, XV (art. 258,1), isto é, ao tutor, ou curador, ou seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, que se casarem com a pessoa tutelada ou curatelada, sem ter cessado a tutela, ou curatela, e sem terem sido saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada

em escrito autêntico ou em testamento. O argumento, aqui, é o mesmo que se desenvolveu a respeito do art. 183, XIIII e XIV. VI - Ao juiz, ou escrivão, ou seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão, ou viúva, de circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício (arts. 183, XVI, e 258, 1). A proteção da lei nova seria inútil, tal como ocorreria com os casos do art. 182, XIIII-XV. VIII - Ao varão maior de sessenta anos e à mulher maior de cinquenta (art. 258, III), salvo se se constituir suporte fático à incidência da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 45. A lei nova apanha as situações em curso, se estabelece regime obrigatório. Se o extingue, sobrevive a lei velha de proteção. VIIII - Ao órfão de pai e mãe, ou ao menor, a cujo pai ou mãe se suspendeu o pátrio poder, ou se o pai ou mãe o perdeu (arts. 394, e 395), ainda que se case com o assentimento do tutor (art. 258, IIII). A lei velha que protege persiste: se ela não impunha regime, a lei nova, que se estabelece, tem efeito imediato.

Tudo que dissemos, note-se bem, só se refere a efeito imediato; não a efeito retroativo. Esse só se criaria por força de lei expressa, se o permitisse a Constituição.

3. Convenção *pós-nupcial.* Se algum dia o direito brasileiro permitir a convenção pós-nupcial, a nova lei poderá ser seguida, quanto a isso, pelos casados anteriormente a ela. A regra de imutabilidade do regime (art.

230) é de direito substancial, e não de direito intertemporal. Herrestorff, Uber die rúckwirkende Kraft der Gesetze, 136 s. 6. V. Tonso, PrincipIII generali sulle questioni transitorie, 49; contra: Daíloz, Duvergier, Demolombe. Mais recentes Jean Kalindero, De la Non-retroactivité des Lois, 86; C. Miltiades Theodosiades, Essai sur la Non-retroactivité des Lois, 98; L. Pfaff e Fr. Hoffmann, Excurse úber ôsterreichisches allgemeines búrgerliches Redil, 1, 153 s.). A nossa solução, mais cientifica, concilia — ou, melhor, supera — as duas correntes. Assim, a distinção entre bens imóveis e bens móveis pode mudar, durante o regime dos bens entre cônjuges. Contra isso objetou-se que as partes quiseram as qualificações do tempo em que se casaram.

Cumpre distinguir-se: se o pacto nada explicou a esse propósito, foram adotados os conceitos legais no momento de cada aquisição; se os nubentes frisaram que os conceitos legais seriam os do tempo do

casamento, e não os que posteriormente se formularem, há-se de atender à vontade explícita. Com esse expediente interpretativo cai o argumento, que não é sem valor, como pensam os partidários da solução simplista, de ser incidente, sempre, a lei nova.

4. Limitações ao poder de dispor e administrar As limitações ao poder de dispor e administrar oriundas do regime de bens não obedecem à lei nova. Continua de regê-la a mesma lei que decidiu do regime (III. Habicht, *Die* Einwirkung des *BGB auf* zuvor entstandene Rechtsverhâltnisse, 3ª ed. ,j37 s.; A. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, III, 43 s.).

5. *Lei* especial sobre certos bens. Se lei especial, a respeito de certos bens, e.g., os percebidos em determinado trabalho, os faz incomunicáveis, a lei tem efeito imediato, porque nada tem com o regime matrimonial, se bem que a ele aluda. A incomunicabilidade é consequência da qualidade dos bens da sua procedência.

6. Hipoteca legal. A hipoteca legal não é instituto do regime matrimonial de bens. E reverso do poder marital e de poderes particulares concedidos ao marido. Extinta pela lei nova, não há pensar-se em invocá-la, se bem que anteriores ao novo estatuto o casamento e o próprio registro ou especialização de bens. O efeito não é d

retroativo; é imediato, isto é, desde agora. Isso não quer dizer que os legisladores não possam conceber hipoteca legal *liga* da ao regime matrimonial de bens. Então, dada a qualificação, seguirá a lei desse. Também não entram, de regra, na matéria do regime matrimonial de bens as doações entre esposos e entre casados.

Aqui, a lei do dia em que se faz a doação é que decide, assim quanto ao fundo do negócio juridico como quanto à forma.

A qualificação dos bens depende da lei nova (Merlin, Répertoire universel et raisonnê de jurisprudence, V, 569-573; Mailher de Chassat, *Traité* de la Rétroactivitá des bis, 2ªed., 1, 289; 7. Exercício de direitos ligados ao regime. O exercício dos direitos ligados ao regime de bens (formas, prazos etc.) obedece à lei nova. Assim, incidem desde logo as regras novas sobre forma de emprego de

valores, sub-rogações, processo da separação de bens, formas de renúncia à comunhão, se o regime a admite, salvo quando a forma foi qualificada como fundo pela lei velha, ou quando se trata verdadeiramente de fundo (e.g., autorização judicial para a alienação dos imóveis dotais, art. 293, 1,11,111, IV, V, VI e VIII, do Código Civil).

8. *Efeitos* em relação a terceiros. A propósito dos efeitos em relação a terceiros, cumpre ter-se sempre presente a distinção entre efeito imediato e efeito retroativo. Salvo cláusula em contrário, a lei nova não retroage. Se dissermos que a lei que passou a exigir o registro para que não seja o comum o regime, ou para que determinado bem ou determinados bens não sejam comuns, incide sobre o regime em curso, exigindo o registro para efeitos em relação a terceiros, ou sobre os bens advindos já ao tempo dela, não lhe atribuiremos efeito retroativo, mas, tão-só, efeito imediato. Se incidisse sobre fatos ou atos passados, então, sim, seria retroativo. Ainda quando se trate de meios de prova ou modo de prova dos fatos, ou atos passados, a lei nova é que domina, porque os fatos ou atos passados, e as provas são coisas diferentes e podem pertencer a dois ou mais tempos, regidos por leis diferentes. As exceções que nos ocorrem são as do próprio ato e a que diz respeito às presunções legais, ligadas ao fundo. A exigência de registro não pode apanhar situações já constituídas, salvante regra expressa. Apanha, contudo, o que não qstá constituído e a existência desde agora do regime a que se passou a exigir registro ou do direito real ligado a estado de fato (hipoteca legal das mulheres casadas e dos menores sob tutela). brasileiro em inserir o art. 325, hoje art. 92 da Lei nº 6.515, de 16

de dezembro de 1977, no Título IV (Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos), e não no Titulo IIII (Do regime dos bens entre os cônjuges).

9. Causa de extinção do regime. As causas da extinção do regime matrimonial de bens legal (não-obrigatório) ou convencional são as da lei velha. Se é adotado pela lei nova o divórcio a vinculo, o caso passa a ser levado em conta *ad* instar da dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges. Os efeitos da reconciliação obedecem, porém, à lei do tempo em que os cõnjuges se reconciliaram. A respeito, cumpre notar-se que andou bem o legislador

10.

Ações dos cônjuges. As ações dos cônjuges entre si e relativas aos bens ou dos terceiros contra eles são as da lei velha. Os remédios processuaís, os da lei nova. Também essa decide sobre as prescrições e prazos preclusivos ainda não consumados e sobre a oportunidade (E Affolter, Das intertemporale *Recht,* 1, 2ªparte, 228 s.) do exercício das ações (durante o casamento ou depois de dissolvido).

Capitulo V

Regime da Comunhão Universal

§ 894. A comunhão universal no direito brasileiro

1. Instituição *expressa ou* tácita. O regime da comunhão universal de bens podia ser instituido expressa ou tacitamente, conforme o escolhessem os cônjuges em cláusula do pacto antenupcial, ou resultasse, — não havendo pacto. ou sendo nulo — da presunção lega! de ter sido aceito. No primeiro caso, chamava-se convenciona!, porque se originava de estipulação das partes; no segundo, recebia a denominação de *legal,* porque se estabelecia por força da lei, ex potestate (egis, aliás, aí, dispositiva *lex.* A comunhão legal era, como se vê, a norma geral, que a sociedade impunha e que se gerava da própria lei *(ut* ex eo inter *coniuges* ipso iure d

nasceretur). salvo se era obrigatório o regime da separação, ou se outra coisa entre si combinam os cônjuges: nisi contrariurn inter eos *actum* sit (Meio Freire, *Institutiones,* ed. de 1797, 11, 151; Manuel Alvares Pêgas, Commentaria ad Ordinationes, VIII, nº 3 e 8; Alvaro Valasco, Opera Omnia, III, 5). O regime de comunhão constituía, portanto, o direito comum, o sistema ordinário e usual, de que os outros eram apenas vontades contrárias, facultadas aos nubentes em atenção à natureza contratual do casamento.

Donde se conclui que se reputava instituido esse regime se nao vigoravam por qualquer motivo os pactos antenupciais que o excluiam ou modificassem. Subsistiria, por outro lado, se o pacto antenupcial não fosse incompativel com ele. Embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam, no silêncio do contrato, os principios dela, quanto à comunhão dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal (art.

259). O Código Civil disse “na constância do casamento”, mas não foi isso o que se quis dizer. Aliás, é vulgar essa ambiguidade nos próprios velhos juristas.

Mas reprovável. E a regra juridica do art. 259 é da melhor procedência, como se pode ver, por exemplo, em Álvaro Valasco (Opera Omnia, 11, 3): "... ipse semper existimavi, quod licet in instrumento coniugum contrahentium per chartam dotis, nihil nuncupatim et specialiter cautum sit, de acquirendis constante matrimonio, ut inter coniuges dividantur, adhuc locus sit istorum acquisítorum communicationi in isto regno lusitaniae

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, pré-excluiu do direito brasileiro a instituição tácita do regime da comunhão universal, e possibilitou-a somente quanto à comunhão parcial (art. 258, *pr)* O regime da comunhão universal ex potestate legis, não mais o temos: se não há pacto prenupcial válido, ou se o há absolutamente inválido, vigora o regime da comunhão parcial entre os cônjuges.

2. Principios fundamentais do regime. Os princípios fundamentais da comunhão universal, tal como a concebe o Código Civil, são os seguintes (cf. Tomo III, §§ 595-602): — Tudo que há e que entra para o acervo dos bens do casal fica indistintamente, como se fora possuído ou adquirido, ao meio, por cada um: os bens permanecem indivisos na propriedade unificada dos cônjuges, a cada um dos quais pertence metade imaginária que só se desligará da outra quando cessar a sociedade conjugal.

III — Tudo que cada cônjuge adquire se torna comum no mesmo momento em que se operou a aquisição: é o casal, e não ele, que adquire. Alvaro Valasco (Praxis Paritionum et Collationum, 12) dizia: "... sicut in societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur, licet realis traditio non intervenerit, quia tacite per fictionem legis creditur intervenisse". Não seria erro dizer-se que o cônjuge, quando adquire, é "como" procurador do casal, Dai não ser exata a afirmação de Valasco de que a lei, com a ficção, procura evitar a tradição de pequeninos bens (inductum *propter difficultatem* et molestiam traditionis singularum et minimarum rerum): a tradição não se poderia dar, porque a ficção consistiria em admitir que os cônjuges coadquiram. Aliás, excele em expressão na p. 13: "... in nostra communicatione coniugum, quia licet emat coniux nomine proprio, attamen communioni statim acquiritur, nec requiritur, agi iudicio dicere nomine meo emi, quia licet ema sibi et nomine proprio, nihilominus tamen statim commune sit. Quando autem res *empta* de pecunia comrnuni, fiat communis *vel* propria

ipsius ementis". Clovis Bevilacqua (Direito da *Família, 1ª* ed., 174) escreveu: "Não havia disposição a respeito, a melhor doutrina sustentava que, se o regime era de separação, como o dotal, os adquiridos deviam, na falta de estipulação em contrário, seguir a natureza do regime." Mas o que certo é que, desde séculos, outro era o costume, fundado na tradição e na lição da doutrina. Que esse era o costume, afirma-o Álvaro Valasco e está em muitas decisões, como se vê em Manuel Álvares Pêgas e noutros praxistas. A opinião contrária de alguns, inclusive MeIo Freire, era errônea: provinha de indevida e heterogênea influência do direito romano e, depois, do francês. Então, o subsídio havia de ser o costume; nem mesmo convinha recorrer ao único Código que se parecia com as Ordenações Filipinas

— o Código da Holanda, porque esse discordava da comunhão não-convencional. Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de* Uso *Prático,* III, 338 s.) dizia que a comunhão dos adquiridos devia dar-se ainda quando dota! o casamento; e deu a Meio Freire memorável resposta, recorrendo às fontes do direito godo-lusitano, às escrituras dos cartórios, a Noestadius, Leewenius, Weselius, J. Voet, 5. Strik, G. L. Boehmer. Posteriormente, reconheceram e louvaram a solução, entre outros, Coelho da Rocha (Instituições, 181); e nós a sustentamos, sob o Código Civil, como antes, desde 1917 (Direito de *Família, 1ª* ed., 146).

IIII — Os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, ainda que um deles nada trouxesse, ou nada adquirisse, na constância da sociedade conjugal; e, como o regime da comunhão perderia a sua significação patrimonial se não abrangesse o ativo e o passivo dos societários cônjuges, a lei estatui que se comunicam todas as dívidas contraídas por atos lícitos na constância da sociedade conjugal (Código Civil, art. 262). A situação dos cônjuges é a de verdadeiros comuneiros ou societários, razão por que — dissolvida a sociedade conjugal — se procede à divisão dos bens, pela ação de partilha.

d

§ 895. Quando começa de vigorar a comunhão

1. Início *da* eficácia. A comunhão universal, como todos os regimes de

bens, começa a produzir seus efeitos desde o momento da celebração do casamento, e é irrevogável (Código Civil, art. 230). Pelo direito anterior, a comunhão, se estipulada em pacto, vigorava desde o momento em que se contraísse o casamento válido; mas, se a comunhão resultava de casamento sem pacto, exigia-se que tivesse sido consumado. Não se verificaria a comunhão se não tivessem coabitado os cônjuges (si coniuges communem *lectum* non habuissent). As controvérsias a respeito de casos especiais assoberbam páginas de Groeneweg, Pêgas, Arouca e de todos os tratadistas de outrora. Era sobrevivência do direito canônico, já repelida, aliás, pela doutrina. O Código Civil, extinguindo-a, deu fim a urna série de indagações inúteis e pouco decentes. O próprio direito canônico já não exigia, desde muito, para a perfeição do ato, a prova da cópula subsequente.

Reputam-se, portanto, do casal os direitos e as dívidas que advierem a qualquer dos cônjuges em seguida à assinatura da ata do registro civil (art. 262). Desde ai os bens de ambos se confundem e a cada um deles pertence metade ideal do acervo. Se ocorre, por exemplo, a morte de um dos nubentes, pode o sobrevivo provar a comunhão com a certidão mesma do registro (art. 202).

2.

Rescisão da sentença *que julgou* o *inventário negativo.* A rescisão da sentença que julgou negativo o inventário dos bens do casal, para que o viúvo ou a viúva contraia novas núpcias, não estabelece o regime da separação de bens, se bem que possa ser reivindicado qualquer bem que havia de ser inventariado e partilhado.

Nem a rescisão da sentença que julgou a partilha tem tal eficácia. O que importa é a coisa julgada antes do novo casamento.

§ 896. Inclusão e exclusão

1. *O* Código Civil, arts. *262-268.* As regras do Código Civil, arts. 262-268, ou se referem à inclusão de bens na comunhão, ou à exclusão, ou à situação dos cônjuges durante a sociedade conjugal, ou à dissolução da comunhão e divisão judiciária do ativo e do passivo.

2. *Código Civil, art. 262.* A regra jurídica de inclusão é em termos gerais (art. 262): “O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes.”

3. *O que* se *exclui.* O art. 263 constitui regra enumerativa de exclusão: “São excluidos da comunhão: 1 - As pensões, meios-soldos, montepios, tenças, e outras rendas semelhantes. III - Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar IIII - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizar a condição suspensiva. IV - O dote prometido ou constituído a filho de outro leito. V - O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum. VI - As obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518 a 1.532). VIII - As dividas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum. VIIII - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade (art. 312). IX - As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalicias, dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. X - A fiança prestada pelo marido, sem outorga da mulher (arts. 178, § 92, J, alínea *b,* e 235, IIII). XI - Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723). XIII - Os bens reservados (art. 246, parágrafo único).“

4. Análise das espécies. A comunicação de todos os bens presentes e futuros é o princípio característico da comunhão universal. Excetuam-se, todavia, desta regra, por motivos especiais a que a lei quis atender (art.

263): —

As pensões, meios-soldos, montepios, tenças e outros rendimentos semelhantes; porque o d

direito à percepção de tais vencimentos é inalienável, e a comunicação importaria divisão ao meio (Meio Freire, *Institutiones,* III, 129). Entram para a comunhão os frutos deles, isto é, os frutos que produzirem, se aplicadas quaisquer das verbas enumeradas no art. 263, 1. Assim, se o cônjuge, que recebeu a pensão, com o dinheiro, em que consistiu,

compra apólices, ou quaisquer outros títulos, ou faz empréstimos, os juros ou dividendos, que receber, são comunicáveis. Dá-se o mesmo se o cônjuge emprega a quantia recebida, em caso de meio-soldo, montepio, tença, ou outra renda semelhante, quanto aos proventos que daí decorrerem. O

prêmio de loteria obtido pelo bilhete comprado com o meio-soldo, ou a pensão, ou o montepio, ou a tença, ou outra renda semelhante, é fruto e, como tal, comunicável. Resta fixarmos cada um dos conceitos do art. 263, 1.

Meio-soldo e montepio são conceitos de direito administrativo, e não de direito civil. O Código Civil a eles se refere para exclui-los da comunhão. Meio-solda é a metade do soldo que se paga aos inválidos no serviço do Estado, ou aos antigos servidores, que se retiraram por motivo de idade, ou em compensação de atos ou série de atos praticados. De regra só diz respeito a militares de terra, mar e ar. Montepio é a pensão que, por morte de servidor do Estado, se paga aos seus herdeiros. Vê-se, ai, ser mais amplo o conceito que o de meio-soldo, não se referir ao que se paga ao próprio servidor, se bem que a palavra meio-soldo também se empregue para marcar a continuidade do pagamento a herdeiros dos militares. Os conceitos de tença e de rendas semelhantes às enumeradas no art. 263, 1, são conceitos de direito interno, pois que tanto se aplicam em direito administrativo como em direito privado. Pensão é o que se paga periodicamente, em virtude de lei, ou de decisão judicial, ou de contrato, ou de ato de última vontade, ou, ainda, em virtude de declaração unilateral de vontade inter vivos para a subsistência de alguém, entendendo-se subsistência no mais largo sentido. No Código Civil, por vezes aparece o conceito de pensão. A pessoa obrigada a suprir alimentos pode pensionar o alimentado, ou dar-lhe em casa hospedagem e sustento (art. 403). Na separação judicial, o cônjuge por ela responsável prestará ao outro, se houver necessidade, a pensão que o juiz fixar (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 19). Também, na separação consensual, é pensão o que um cônjuge presta ao outro, a despeito da separação e da própria decretação da separação. Quaisquer alimentos prestados em dinheiro, ou parte em dinheiro e parte em gêneros alimentícios, vestes etc., é pensão (arts. 396-405). Se os alimentos se prestam em mercadorias, e tão-só nisso, são igualmente incomunicáveis, uma vez que ou se consideram pensão, ou se consideram renda semelhante a pensão. Lê-se no art. 1.424: “Mediante ato entre vivos, ou de última vontade, e título oneroso, ou gratuito, pode constituir-se, por tempo determinado, em benefício próprio ou alheio, uma renda ou prestação periódica, entregando-se certo capital, em imóveis ou dinheiro, a pessoa que se obriga a satisfazê-la.” Alguns

autores nacionais citam o art. 1.424 como se, em quaisquer casos, tal renda fosse pensão, ou renda semelhante a pensão, meio-soído, montepio, ou tença. Também aqui é preciso investigar-se a natureza da prestação periódica. Nem sempre se trata de pensão; trata-se, ordinariamente, de renda, porém não de renda semelhante a pensão, ao meio-soldo, ao montepio, ou à tença. Presumem-se pensões quando constituídas por ato de última vontade, ou por ato inter vivos gratuito. Por ato inter vivos oneroso, não se haveria de presumir a incomunicabilidade. Quando oneroso, não vale, sequer, a isenção das execuções pendentes e futuras (art. 1.430); ao passo que, se a renda cabe nos conceitos de montepio ou de pensão alimentícia, a isenção existe de pleno direito (art. 1.430, 2ªparte). Se a mulher agravada em sua honra recebe prestação periódíca, que lhe paga o ofensor, tal prestação

é incomunicável, como, aliás, seria o próprio dote (art. 1.548). Diz o art. 1.539: "Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu." E

acrescenta o art. 1.540:

"As disposições precedentes se aplicam ainda ao caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa da agressão do ofendido."~ Aqui, é de pensão que se trata. Se, na sentença, se computou o prejuízo sofrido, entregando-se toda uma quantia, de uma só vez, havemos de entender incomunicável, por se tratar de simples base para a produção do que seria a pensão devida. No caso de morte, a indenização às pessoas a quem o defunto devia alimentos, sob forma de pensão, ou sob forma de quantia, ou bem, que produza a prestação de alimentos, é incomunicável, por força do art.

263,1 (art. 1.537, III). Tença é pensão alimentícia, quer a preste o Estado, quer a preste qualquer outra pessoa de direito público ou de direito privado.

III — Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar (cf.

Manuel de Almeida e Sousa, Notas de Uso Prático, III, 367); contravir-

se-ia a vontade do beneficiante, renunciando o donatário, herdeiro, ou legatário, à metade do benefício. O Código Civil dizia apenas (art. 263, 11) “os bens doados ou legados”, mas isso nMU queria dizer que excluisse os bens herdados, pois esses também podem ser gravados com a cláusula de incomunicabilidade, ainda que se trate de legitimas (art.

d

1.723). Posteriormente, devido à crítica que lhe fizéramos, a Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, acrescentou o nº XI ao art. 263. O doador, ou testador, pode impor as restrições que lhe fizerem feição, desde que não ofendam aos bons costumes, ou contra elas não exista direito cogente. A cláusula de incomunicabilidade não implica a de inalienabilidade; tem a conseqüência característica de vedar que, por força do casamento, passe a ser meeiro o outro cônjuge. Não se tire dai que o Código Civil permitiu a comunhão dos bens inalienáveis. Seria absurdo, conforme mostraremos adiante, uma vez que a comunicação seria a realização da alienação, no caso particular do casamento.

IIII — Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de se operar a resolução. A propriedade, nesse caso, é restrita e *resolúvel,* o que repugna à natureza *irrevogável* da comunhão: o fiduciário tem apenas direito transitório, como o fideicomissário só tem a expectação (Manuel Álvares Pêgas, Commentaria ad *Ordinationes,* VIII, ad Ord., Livro 1, Titulo 87, § 49, nº 218; Lafaiete Rodrigues Pereira, Direitos de Família, 105). Mas essas razões cessam; e comunicam-se, ipso Jacto, os bens assim recebidos: se o cônjuge fideicomissário, por se realizar a condição de transmissão, recebe definitivamente os bens; se o gravame de fideicomisso desaparece, como se o testador admitir a aquisição dos bens por parte do cônjuge fiduciário se, morrendo antes dele o fideicomissário, se verificar essa condição. Ao fiduciário pode *permitir* o testador: a) que restitua, não a coisa, ou a herança, mas o valor da coisa, ou da herança; 14 que restitua em prestações, que o testamento dirá em que tempo, ainda vagamente, ou a razoável critério do fiduciário, ou do fideicomissário, ou do testamenteiro; *c)* que opte entre a entrega dos bens herdados, ou outro, que seja do fiduciário, ou ele adquira; d) que não preste a caução do art. 1.734, parágrafo único, do Código Civil; e) que os títulos ou valores fideicomitidos sejam, depositados em banco, ou convertidos à escolha do fiduciário, dispensada a caução; . que o fiduciário possa sub-rogar o *valor* (supõe-

se fixado) por determinados títulos, sem se ouvir o fideicomissário; g) que só restitua o que restar dos bens. Em qualquer dos casos acima referidos, nenhum valor fideicomitido é comunicável ao cônjuge do fiduciário, a despeito da anomalia do fideicomisso. Outrossim, a cláusula de herdabilídade não inclui a de comunicabilidade. Alcançado o termo, ou realizada a condição (é pena que o art. 263, 111, haja cometido o erro de só se referir à condição), a herança ou legado passa ao fideicomissário. Só então o cônjuge do fideicomíssário participa dos bens do fideicomisso; e a razão é simples: só então os bens passaram ao cônjuge fideicomissário. Se, após a abertura da sucessão, vinte anos decorreram, sem que aparecesse o fideicomissário, o cônjuge fiduciário tem usucapião sobre os bens. Dá-se, então, a comunicação ao cônjuge do fiduciário. Isso não se aplica aos casos de instituição de prole de determinada pessoa, conforme o art. 1.718, porque o tempo não corre contra o não-vivo. Somente com a morte daquela pessoa cuja prole se beneficiou é que o fiduciário terá consolidada a sua propriedade. Deixado o bem em fideicomisso a sociedade que ainda não tem personalidade jurídica, se transcorrer o prazo de vinte anos sem que a adquira, será do fiduciário a herança. Os vinte anos no Brasil, são os da usucapião ordinária e da aquisição sem título de boa-fé; na Alemanha, trata-se de prazo especial fixado em lei. Contudo, aqui e lá, deparam-se-nos questões curiosas: a) se o testador disse

"os meus bens vão a A; mas, se ele viver trinta e cinco anos após a minha morte, os bens passarão a E"; *b)*

"deixo a A os meus bens; passados quarenta anos, com eles se fundará o Hospital X". Não é possível, já, a invocação dos vinte anos. O testador pode conceber o fideicomisso como comunicável ao cônjuge do fiduciário, ou ao cônjuge do fideicomissário, com ou sem a cláusula de herdabilidade; mas tal figura depende de explicitude da disposição testamentária, não se devendo presumir, de modo nenhum, a comunicabilidade, em qualquer dos dois casos.

IV

— O dote prometido ou constituído a filho de outro leito; porque o dote já constituído não pode figurar nos bens que o pai ou a mãe possui e, pela mesma razão, o prometido, que pode ser demandado pelo beneficiário logo que se celebre o matrimônio, ou logo que se atinja a época do ajuste (Borges Carneiro, Direito *Civil* de *Portugal,* 11, 139).

A promessa ou constituição de dote, por parte de um dos cônjuges, a filho de outro leito (anterior, ou não) presume-se somente por esse, pois que é seu o filho e raro se promete ou se constituí dote por outrem. Em todo o caso, nada obsta a que o cônjuge que não é o maior interessado queira, também, a liberalidade, dando-se então pluralidade de sujeitos ativos do ato de promessa ou de constituição do dote. O valor do princípio é o de mostrar que, não sendo comum o filho, a promessa ou constituição do dote só se entende feita pelo pai ou mãe do donatário, e não pelo outro cônjuge, ainda que, sem expressa declaração de ser co-doador, ou co-promitente, assine a escritura o cônjuge que não é pai ou mãe do donatário. A lei somente fala de filho de outro leito, para que fique bem claro não se tratar apenas de filho de outro matrimônio ou leito anterior: basta o ser de outro leito, anterior ou não. Assim, declarado putativo o casamento de alguém, que já era casado, o filho é de leito posterior, matrimonial, e a aplicação do art. 263,1V, é irrecusável. Outrossim, se o filho é natural.

V

— O dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum. Vai à d

colação a parte que exceder à porção de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento, bem como, para os efeitos da partilha por morte de um dos cônjuges, o que exceder à legítima do filho beneficiado (arts. 1.171 e 1.176). São dispensados da colação os dotes ou as doações que o doador determinar que saiam de sua metade, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação (art. 1.788). Sendo feita a doação por ambos os cônjuges, no inventário de cada um se conferirá por metade (art. 1.795).

VI

— As obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518-1.532), assunto de que trataremos em parágrafo especial

VIII

— As dividas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito comum. No

parágrafo seguinte, analisaremos a espécie.

VIIII — As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade. A regra jurídica já estava implicita no art. 263, III. Separava-a, todavia, Manuel de Almeida e Sousa (Notas de Uso Prático, III, 367). E louvável o procedimento do legislador, pois que as opiniões no nosso direito discrepavam, desde Guerreiro, Febo e Arouca, que advogava o parecer contrário, e outros reinicolas.

IX

— As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. São fundamentos dessa incomunicabilidade: quanto às jóias esponsalícias, a presunção de renúncia (Trigo de Loureiro, *Direito* Civil *brasileiro,* 1, 124); quanto às roupas de uso pessoal, por serem imediatamente necessárias e de pouca importância (Coelho da Rocha, Instituições, 1, 167); os livros e instrumentos de profissão, por não serem suscetíveis de penhora (Silvestre Gomes de Morais, Tractatus de *Executionibus,* VI, 162, que cita E. Egídio; 1 J. C. Pereira e Sousa, Primeiras Linhas, IIII, § 403 e nota 815, 44; Paula Batista, Teoria e Prática do Processo *Civil,* ed. de 1910, 195); e, pela mesma razão, os retratos de família que igualmente se deviam reputar executoriamente inalienáveis.

Comunicam-se, porém, as jóias adquiridas durante o casamento e o que não consiste propriamente em enfeite de corpo (iocalia munera quae sibi invicem sponsi donare solent, vulgo dicimus, “brincos e jóias”), pois que se comunicam a mobília, ainda de quarto, presenteada pelo marido, alfaias, jarrões etc. Sobre as vestes, Manuel Alvares Pêgas (Commentaria ad Qrdinationes, 215), dizia: “... Quae dicta sunt limitanda veniunt in bonis mulieris propríis, et sui usus vestibus, tam lugubribus, quam festivis, et similibus ornamentis aurium, et annulis digiti. Quae ut propria non debent scribi in inventario... ut vidi multoties in illis ordinarIIIs bonis usus, et alIIIs símilibus, in quibus mulier habet plenum dominium, et non datur communicatio”.

X

— A fiança prestada pelo marido, sem outorga da mulher (arts. 178, § 99, 1, alínea *b,* e 235, 111).

XI

— Os bens da herança necessária, a que se impuser a cláusula de incomunicabilidade (art. 1.723). Se bem que de sugestão nossa, tal inciso não traduziu totalmepte o que fora preciso e apontáramos. O art. 263, III, cogitou dostens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade. Deixou de falar dos bens herdados, quer testamentária, quer legitimamente. A imposição da cláusula de incomunicabilidade pode resultar de testamento quanto a bens da herança testamentária, ou da herança legitima, necessária ou não. O

art. 263, Xl, restringiu-se aos bens da herança necessária, de modo que havemos de considerar bens legados os bens herdados testamentariamente, o que não é de boa terminologia, mas evita atribuir-se ao legislador brasileiro o não ter previsto a incomunicabilidade dos bens herdados, testamentariamente, com a cláusula de incomunicabilidade. Como existem casos não previstos, se bem que resultantes de princípios gerais de direito, aqui acrescentamos aos onze incisos do art. 263 outro, que torna explícito o verdadeiro conteúdo da regra legal.

XIII

— Os bens recebidos, por atos inter vivos ou causa mortis, com a cláusula de inalienabilidade. Dizer-se que os bens inalienáveis são comunicáveis é negar-se a própria inalienabilidade; porque a comunicação é alienação. Quem aliena metade de um bem, aliena; quem se casa e do casamento resulta comunicação de metade do bem, também aliena. Não seria possível conceber-se comunicaçáo sem alienação. Nem todos os bens incomunicáveis são inalienáveis; mas todos os bens inalienáveis são incomunicáveis. É certo que se pode prever que os bens sejam inalienáveis a terceiros, mas comunicáveis. Em tal caso, não se trata de verdadeira cláusula de inalienabilidade. Trata-se, sim, de cláusula especial, que concebe a inalienabilidade subjetivamente restrita; não se pode alienar a pessoa que não seja o outro cônjuge. A despeito de tais considerações, que são assaz importantes, a questão tem sido discutida, aliás em meio de graves confusões.

Alvaro Valasco dizia, e bem, que comunhão é alienação. A 5ª Câmara da antiga Corte de Apelação, em acórdão de 6 de setembro de 1936, assim o entendeu no caso típico, que é o do art. 263, Xl, do Código Civil: achava que os bens inalienáveis eram incomunicáveis (caso

Moreira Lima versus Curador de Resíduos). Mas d

a 2ªCâmara, por acórdão de 27 de abril de 1926, julgou comunicáveis os bens inalienáveis (inventário Sebastião de Lacerda): "o art. 1.727 faculta ao testador, além do poder de modificar a espécie de bens constitutivos da legitima dos herdeiros e dispor sobre a sua administração, gravar as quotas necessárias e prescrever a incomunicabilidade, mas da inalienabilidade não resulta incomunicabilidade". Também, no mesmo sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 11 e 18 de fevereiro de 1927, como, antes, o do Rio Grande do Sul, de 2 de setembro de 1921. Note-se, todavia, que o acórdão da 2ªCâmara entrou em indagações de circunstâncias, que pudessem, ou não, autorizar a ilação: "o testador, acatado jurista", "conhecedor da controvérsia mantida" sobre o art. 1.723 e a incomunicabilidade conjugal dos bens inalienáveis, "não deixaria a sua disposição testamentária sujeita a interpretação oposta à que tinha em vista, quando expressamente a lançou". No entanto, se era acatado jurista e conhecia a discussão, a falta da referência à incomunicabilidade tinha de ser interpretada como sendo de sua vontade só impor a inalienabilidade! Os argumentos pecavam pela base.

Quanto ao acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é insustentável. Do fato de se referir o Código Civil aos bens clausulados com incomunicabilidade, e não aos bens clausulados com inalienabilidade, tirou que os bens inalienáveis se comunicam. Esqueceu ao Tribunal que o art. 69 pôs fora de negociação as coisas não-suscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis, e a sua interpretação teria como conseqüência fazer comunicáveis, ainda a cônjuges estrangeiros, bens legalmente inalienáveis, porque e somente porque o art. 263 não os mencionou entre os incomunicaveis.

As Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 12 de maio de 1948 *(RT* 175/369), também argumentaram com o art. 263, mas quase reduziram a sua absurda opinião a regra jurídica interpretativa: "De se concluir, portanto, que a incomunicabilidade não se presume; não decorre, portanto, da inalienabilidade.

Sempre que nãnº for possível verificar qual a intenção do testador ou doador, para se regular o caso concreto de conformidade com essa vontade, terá de ser recusada a incomunicabilidade, que não pode ser presumida; tem ela de resultar de disposição expressa, ou, pelo menos,

de manifestação clara daquele que instituiu o vínculo.“ Não há afastar-sei a proposição em que se diz que o conceito de comunicação se subsume no de alienação:

Communicatio est alienatio. Se alienação não fosse o comunicarse, ,~como se constituiria o direito de cada cônjuge e como se poderia sustentar ser compatível com a cláusula de inalienabilidade o entregarem-se aos herdeiros do cônjuge premorto os bens inalienáveis comunicados? E não pensar com lógica admitir comunicação ao inalienável. O que se pode dar é que o doador ou testador estabeleça que o mesmo bem, doado ou deixado aos cônjuges, seja inalienável; mas ai não há comunicação por força de regime matrimonial: há comunhão de fonte negocial, condomínio, sendo inalienável cada parte doada ou deixada.

Os bens inalienáveis são impenhoráveis e a jurisprudência éassente; não podem ser gravados com ônus real.

Estão, porém, sujeitos às execuções provindas de obrigações de direito público, que não são só as provindas de impostos e taxas. (Sobre impenhorabilidade de bens inalienáveis, nossos Comentários ao Código de Processo Civil, art. 649, 1.) O Tribunal da Relação de Minas Gerais disse que os bens inalienáveis são incomunicáveis (7 de dezembro de 1927, *RF* 50/473; assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 19 de fevereiro de 1932, *RT* 81/469). A 2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal fugiu a isso (27 de abril de 1928, RD 89/116), mas construiu situação absurda: sobrevindo separação judicial, partilham-se os bens e continuam inalienáveis. Alienados foram, pois que se comunicaram, e, se se exigisse, erradamente, que só a partilha alienasse, estariam agora alienados! Não há lei nem jurisprudência que faça não ser alienação a comunhão, — o que aquela pode fazer é enunciar, cogenternente:

“quando se só determinar a inalienabilidade, tal cláusula não excluirá, de modo nenhum, a comunhão”; ou, dispositivamente: “se outra coisa não dispõe o instituidor, entende-se que a cláusula de inalienabilidade não exclui a de incomunicabilidade”. Mas o direito brasileiro não possui aquela, nem essa. Portanto, sendo comunicação alienação, os bens inalienáveis são incomunicáveis, salvo disposição em contrário dos instituidores, Se os bens foram apenas gravados com a cláusula de impenhorabilidade, podem ser alienados (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de fevereiro de 1931, *RT* 77/576); são comunicáveis, porém não são executáveis. Não se transmitem, ainda entre decujo e sucessores causa mortis, com a cláusula, se bem que possam ser doados ou deixados hereditariamente com a mesma cláusula (sem

razão, o Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 28 de outubro de 1933, *J* IV/SiS) ao que depois os receber (e.g., cláusula de impenhorabilidade em proteção do fideicomissário), ou em nova cláusula, pelo que os herdou e os deixa.

XIIII — Os bens reservados (art. 246, parágrafo único). A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, VIII, conferiu nova redação ao Código Civil, art. 263, de modo a terem-se por préexcluidos da comunhão universal os bens reservados, a exemplo do que se passa, hoje, no regime da comunhão parcial (Código Civil, art. 269, IV).

Segundo o que o Código Civil estatui no art. 246, pr, "a mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do d

marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos nº III e 111, do art. 242."

Essa atividade profissional da mulher foi objeto de comentários sob os §§ 855, 16, 857, 2, 3, 5, 6 e 8, § 859, 3

e 4, e § 906, 8, a que nos reportamos. Se os bens reservados são móveis, a mulher casada pode livremente deles dispor (art. 248, V), mas se imóveis será necessário o assentimento marital, que se exige qualquer que seja o regime dos bens entre os cônjuges (art. 242, III).

Dando-se contraimento de dívida e obrigação pelo marido a bem da família, a correlativa pretensão há de exercer-se contra ele e a mulher em litisconsórcio passivo necessário, se a correspondente execução haja de atingir-lhe os bens reservados (Código de 1973, art. 10, § 1ª, IIII). Operando a eficácia do mandado executivo esse atingimento, a mulher, enquanto não figure no pólo passivo, tem pretensão mandamental negativa à sua extromissão por meio de embargos de terceiro, posto que tenha sido intimada da constrífção, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Se o marido firma título com que contrai dever e, no termo de

adimplemento, não satisfaz a pretensão do credor, ainda que casados pelo regime da comunhão universal somente responderão os bens particulares dele e, até o limite da meação, os comuns (Lei nº 4.121, art. 39), de modo que também aí há embargos de terceiro pela mulher à defesa dos bens reservados constritos.

XIV — Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge

Os frutos do trabalho da mulher e, bem assim, do homem são incomunicáveis, uma vez que a Constituição de 1988, art. 226, § 59, estabelece princípio de simetria: os direitos e os deveres referentes á sociedade conjugal são exercitáveis em igualdade pelo homem e pela mulher, até porque ambos são iguais em direitos e deveres (art. 59, 1).

Como observamos (§ 905, 4), os frutos do trabalho da mulher deviam mesmo ser incomunicáveis (R.

Schräder, Das eheliche Gúterrecht, 17.), que é isso medida de política social de que os legisladores sempre tiveram notícia, e com a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, Vil e VIIII, aproveitaram. Bem por isso, estatui o Código Civil. art. 263, que são excluidos da comunhão universal: „XIIII - Os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos", principio que se estende à comunhão limitada de bens (art. 269, IV). A regra jurídica do art. 271, VI. perdeu seu fundamento de validade: se há exclusão do fruto do trabalho pessoal de cada cônjuge no regime da comunhão universal, por argumento a fortiori também há operar-se no regime da comunhão parcial.

5. *Imperfeiçâo* técnica do Código Civil. O Código Civil revela grande imperfeição técnica, ao encambulhar todos os casos de exclusão, alguns constantes de regras dispositivas, e outros, de regras cogentes. Por exemplo: ~E permitido estipular-se a comunicação das pensões, meios-soldos, montepios, tenças e outras rendas (art. 263,1) semelhantes? A questão merece atenção; e fácil é responder-se a ela. Não: a incomunicabilidade deriva, ai, da natureza inalienável e impenhorável das percepçôes. Entram na classe dos bens legalmente incomunicáveis *esetzlíches* Vorbe *haltsgut),* objeto de ius cogens (L. Salamonski, Das Vorbeha/tsgut de,- *Ehefrau* beini Gúterstand des *BOR.,* 20 s.). Também seria nula e, pois, em virtude do art.

257, III, reputada por não-escrita, a cláusula que fizesse comunicáveis os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade ou os sub-rogados em seu lugar (art. 263, III). O mesmo raciocínio caberia quanto aos bens de que trata o art. 263, IIII, VI e VIIII, às roupas de uso pessoal (art. 263, IX, 1C parte) e aos bens do art. 263, XI. Também se reputa não-escrita a convenção pela qual a mulher fica responsável pela fiança prestada pelo marido sem assentimento da mulher (art. 263, X).

Vale a convenção de serem bens separados os frutos dos bens incomunicaveis.

Os poderes da mulher, no caso de comunhão, podem ser aumentados? Sobre os bens incomunicáveis, não há dúvida; sobre os comunicáveis, até serem iguais aos poderes do marido, sem os excluir (art. 266, parágrafo único). A regra é que poderes do marido e usufruto sobre bens derivados da mulher, comunicáveis ou incomunicáveis, podem ser restringidos, não aumentados (E. Ehrlich, Das zwingende und *nichtzwingende Recht,* 206, e 210).

d

§ 897. Dívidas passivas anteriores ao casamento

1. Incomunicabilidade; exceções. No intuito de resguardar cada um dos cônjuges dos prejuízos que lhe acarretariam, obrigando os seus bens, os débitos com que o outro entrasse para a sociedade conjugal, prescreve a lei a incomunicabilidade das dividas passivas anteriores ao casamento. Abre, porém, duas exceções (art. 263, VIII): a) As dívidas que provierem de preparativos para o matrimônio, como sejam: mobiliário, festim, enxovais etc. *b)* A?idívidas que reverterem em proveito comum. Comunicam-se, portanto, as obrigações contraídas para compra de casa de residência, fazendas etc., de que se prove o proveito tirado, após a celebração, pelo outro cônjuge.

2. Ônus da *prova.* O princípio geral é o de que as dividas anteriores não se comunicam. Devem entender-se, portanto, não-comunicadas

todas essas obrigações. Ao interessado incumbe provar a vantagem auferida pelo outro cônjuge, e da *virtus* probandi de seus argumentos e meios de convencer (testemunhas, documentos, e o mais de direito) depende a comunicação ou incomunicação das referidas dividas.

A incomunicação não fica dependente da prova. Houve ou não houve a não-comunicação. Apenas, uma vez que se trata de fato, é preciso assentar-se, probatoriamente, ter existido, quer se trate da destinação das dívidas, conforme o art. 263, VIII, aos aprestos matrimoniais, quer se trate de auferência de vantagem por parte do outro cônjuge. Enquanto não passa em julgado a decisão sobre a destinação da divida, ou sobre o locupletamento por parte do outro cônjuge, nada se sabe, ao certo, sobre a comunicabilidade ou incomunicabilidade de tais dívidas. De qualquer modo, a comunicabilidade ou a incomunicabilidade começou quando devia começar, com todas as conseqüências da irrevogabilidade do regime matrimonial de bens: na data do casamento. Se for proposta ação rescisória da decisão a esse respeito, a comunicabilidade ou a incomunicabilidade, que a sentença proferida na ação rescisória houver declarado, principiou em tal data.

3. Sobre *que* bens se executam as dívidas passivas nâo-comunicadas. Estabelecida, pelo Código Civil, para as dividas passivas anteriores ao casamento, a incomunicabilidade, ficou ao legislador o problema técnico: sobre que bens haviam de ser executadas tais dívidas. Ou se adotaria o corte patrimonial ao tempo do casamento, de maneira que o ativo e o passivo do cônjuge devedor se apurariam, teoricamente, e se liquidariam, praticamente, na data do casamento; ou, em vez disso, se conceberia o patrimônio da pessoa casada como ligado, até a data do casamento, aos seus bens e, em continuação, à metade ideal, que lhe cabe, após o casamento.

À finura dos velhos legisladores portugueses não passou despercebida a questão de técnica legislativa: adotaram eles a segunda solução, mas, mediante expressivo “ponto-e-virgula” separaram os dois elementos do problema. Houve quem acreditasse e preparasse, para o futuro, a solução que o Código Civil brasileiro seguiu,

— a primeira, acima mencionada. As dívidas passivas anteriores ao casamento, salvo os dois casos de exceção apontados no art. 263, VIII, executam-se sobre os bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal, e somente sobre eles, ou sobre os bens particulares, conforme adiante mostraremos.

4. Código *Civil,* art. *264.* Explica o art. 264: "As dividas não compreendidas nas duas exceções do nº VIII, do artigo antecedente, só se poderão pagar durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor trouxer para o casal."

Temos, assim, que os dois patrimônios, no momento do casamento, se apuram e se liquidam, como se a parcialidade, no plano econômico, tomasse outro colorido. A Ordenação do Livro IV, Titulo 95, § 49, admitia execução na metade dos adquiridos depois de casados, no que o Código Civil não consentiu. Dizia a Ordenação: "... somente se poderá fazer execução, durante o matrimônio, nos bens que aquele, que assim era devedor, trouxe consigo ao tempo que casou; e na sua a metade dos bens que *depois de* casados foram adquiridos". Tal limitação obrigacional já era particularidade interessante de nosso direito, e o Código Civil, omitindo a cláusula final, implantou doutrina esquisita, mas nem por isso menos digna de encômios. Não é novidade: já Gabriel Pereira de Castro *(Decisiones,* 225) reputava impraticável a execução na metade dos bens adquiridos, ao que Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 353), discordando, opôs, contra seu hábito, argumentos frágeis. Temoj, assim, o velho pensamento crítico inserto, implicitamente, em texto legal de hoje. Impraticável não era a solução das velhas Ordenações. Por outro lado, se, quanto aos bens imóveis, é fácil realizar-se o art. 264, não no équanto aos bens móveis. Segundo os princípios de direito, o legislador reinícola era mais certo: se alguém possui casa do valor x e dívidas no valor 2x, tem, ao casar-se, o défide de x. Se adquire bens, posteriormente, ou se os herda, com eles haveria de pagar o que devia ao tempo do d

casamento. Tal a solução da Ordenação do Livro IV, Título 96, § *4.* Com a solução do Código Civil, os credores ficam prejudicados: o casamento funciona como espécie de anistia econômica. Simplificou-se, de certo modo, o trato das duas épocas do patrimônio, a autônoma e a em comunhão. A vantagem, a grande vantagem, está em que, com o art. 264, se afastam as fraudes usuais, consistentes em aparecerem dívidas anteriores ao casamento, simuladas, a fim de se executarem sobre os bens levados ao matrimônio e, conforme a Ordenação, sobre a metade dos bens comuns, alguns, ou todos, talvez, levados pelo outro cônjuge. Nem sempre os problemas de técnica jurídica permitem regras perfeitas, no sentido de regras escoimadas de qualquer inconveniente. Tem o legislador de se satisfazer com a que apresente o menor número de prejuízos, ou exclua o maior número de danos.

5. *Se* as dívidas anteriores se presumem *incomunicáveis.* No art. 263, VIII, o Código Civil excluiu da comunhão universal as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito comum. A Corte de Apelação de São Paulo teve de julgar se tais dívidas se presu-miam comuns ou não, e resolveu (28 de julho de 1937, *RT* 112/ 185): "... a regra é a incomunicabilidade das dívidas contraídas antes do casamento. Não podia, assim, o apelante pretender o pagamento em discussão, sem alegar e provar que o seu crédito estava compreendido numa das duas exceções definidas no Código Civil: provir a dívida de despesas com os aprestos do casamento, ou ter revertido em proveito comum. Não o tendo feito, a dívida se enquadra na regra, que é a incomunicabilidade. Cumpria, em consequência, ao apelante dirigir a ação contra o viúvo, responsável, pessoalmente, por ela; não contra o espólio da mulher, que não estava obrigada ao pagamento". Outra, aliás, não podia ser a solução, e a presunção é oriunda dos próprios fatos: as dívidas anteriores ao casamento só se podem presumir aplicadas aos interesses de cada cônjuge. Temos, assim, que todas as dividas anteriores ao casamento se presumem incomunicáveis. O ônus da prova vai ao credor, que deseja, ao invés disso, mostrar que se fizeram para os aprestos, ou reverteram em proveito comum. Sempre que pretende tal prova, a ação é exercida contra ambos os cônjuges, permitida a cumulação de pedidos, alternativamente:

se o juiz não reputar provada a comunicabilidade, condenará o cônjuge que as contraiu, e tão-só ele.

6. Dívidas anteriores *que se* comunicam. O Código Civil, no art. 263, VIII, fala, para as reputar comunicáveis, de dívidas anteriores ao casamento que "provierem de despesas com os aprestos, ou reverterem em proveito comum

O conceito de proveito comum é fácil de fixar-se. Proveito comum é o que tiveram ambos os cônjuges, separadamente, ou não. Vamos aos exemplos: o noivo contrai dívida para a viagem de núpcias (proveito comum, conjuntamente); a noiva contraí dívida para pagar os credores da casa comercial, a que pertence, e parte dessa dívida serviu à instalação de novo negócio do noivo ou do marido (proveito comum, separadamente).

A destinação, no caso de despesas com os aprestos, expressões usadas

pela lei, é a destinação objetiva. Não basta que a dívida tenha sido contraída para os aprestos conjugais, tais como casa, alfaias, vestes. E preciso que tenha sido empregada nos aprestos. E isso o que entende o Código Civil, ao dizer "despesas com os aprestos", e não "despesas para os aprestos". Não importa a finalidade. O que importa é a efetiva aplicação do dinheiro. Se a divida foi contraída para o fim de conservação de bens incomunicáveis do noivo, ou da noiva, e efetivamente se aplicou o dinheiro em aprestos conjugais, comunicável é. Outrossim, se, tendo sido contraída sem qualquer designação, implícita ou explícita, de fim, aos aprestos conjugais efetivamente se destinou.

7. *Defeito de* redação do art. *264.* Há pequeno defeito na redação do art. 264. Diz ele que as dívidas anteriores ao casamento, se não cabe alguma das exceções do art. 263, VIII, *só* se poderão pagar durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor trouxer para o casal. Esqueceu ao legislador que, a despeito de ser de comunhão universal o regime, pode existir bem particular, e sobre esse, irrecusavelmente, seria possivel a execução. Não éverdade, portanto, que só se possam pagas durante o casamento, aliás durante a sociedade conjugal, pelos bens que o cônjuge devedor trouxer para o casal. Leiamos o art. 264 como se dissesse:

"As dividas não-compreendidas nas duas exceções do art. 263, VIII, só se podem pagar, durante a sociedade conjugal, pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal, ou pelos bens particulares de tal cônjuge." (Cf. nº Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 28 de julho de 1937, *RT* 109/179: "As letras de cãmbio ajuizadas foram aceitas pelo agravado quando ainda soltei-ro. Casando posteriormente, embora sob o regime comum, aquela dívida não se comunicou, nos expressos termos do art. 263, VIII, do Código Civil, que declara excluirem-se da comunhão as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com os seus aprestos, ou reverterem em proveito comum. Que se não verificaram as exceções legais é fato de primeira evidência no processo. Assim sendo, a dívida d

demandada só pode ser paga, durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor houver trazido para o casal, tal como dispõe o art. 264 do citado Código. Ora, o imóvel penhorado não foi o aceitante das cambiais quem o trouxe para o patrimônio do casal. Foi sua mulher que o recebeu em pagamento de sua legitima paterna. Por consequência, a penhora que sobre ele recaiu é de todo insubsistente, por contrariar os invocados preceitos do Código Civil"; 5ª Cámara, 28

de julho de 1938, 112/185; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 24 de janeiro de 1950, *RI* 51/388: "Vale dizer que, no caso escalpelado, a dívida, a nota promissória ajuizada, pode ser paga durante o casamento, ainda que seja, e na verdade é, anterior ao casamento, por isso que não há prova de se haver originado essa dívida de despesas com aprestos do casamento, nem de haver revertido em proveito comum; e poderá ser paga essa dívida pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal.")

8. Pagamento das dívidas. As dividas anteriores ao casamento só se podem pagar pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal, ou, a *fortiori,* pelos particulares, que tenha. Quanto a esses, vale o princípio de que o ativo e o passivo de uma pessoa se tratam juntamente. Dívidas incomunicáveis cobram-se a bens incomunicáveis. Quanto àqueles, a despeito de só haver, após o casamento, bens comuns, sem discriminação histórica, permite a lei que se investigue a fonte dos bens para se ir buscar o quanto necessário ao pagamento das dívidas do cônjuge, anteriores ao casamento. Não levou ele à comunhão tais bens; levou o que era o seu patrimônio: arrolam-se tais bens menos as dividas até o dia do casamento. Os outros haveres do casal ficam incólumes: as duas metades ideais dos bens trazidos pelo outro cônjuge, as duas *metades* ideais dos bens adquiridos, após o casamento, por um ou outro dos cônjuges, ou por ambos. Se, porém, se fizeram as despesas com os aprestos do casamento, aquelas metades ideais sofrem a cobrança. Outrossim, se as despesas reverteram em proveito comum e, obviamente, até a concorrência desse proveito. Não acontecendo qualquer desses sós dois casos, que são as "duas exceções do nº VIII" do art. 263, a que se refere o art. 264, — o outro cônjuge pode defender-se de qualquer medida que aponte bens que o cônjuge devedor não trouxe para o casal (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de março de 1929, *RT 7* 1/93).

9. Se o cônjuge as *paga.* Se o cônjuge devedor pagar na constância da sociedade conjugal, alguma dívida incomunicável, sem ser por seus bens trazidos, pode ser imputada a quantia à meação do cônjuge devedor, por ocasião da partilha (Borges Carneiro, *Direito* Civil de *Portugal,* III, 104). Mas é preciso distinguir-se no direito atual: se o cônjuge devedor pagou a divida com os bens que trouxe; nada se tem que imputar à sua meaçao.

10. *Dissolução* da sociedade *conjugal.* Dissolvida a sociedade conjugal, semelhantes dívidas — por não serem do casal, e sim pessoais de um dos cônjuges — continuam incomunicáveis, e recaem sobre a meação que cabe ao cônjuge devedor ou a seus herdeiros, se não forem pagas. Só então, dissolvida a comunhão, poderá o credor executar esses bens, que se tornaram, pela morte do outro cônjuge, pelo desquite, ou pelá~ anulação do casamento, bens pessoais do devedor.

A solução que ao problema deu o Código Civil fugindo às Ordenações, deixa ao direito processual outro problema, que os legisladores não têm visto, dada a vulgar ignorância, por parte dos que se incumbem de leis processuais, da transformação operada no direito material. Cobrada a divida, pois que cobrada pode ser e só não pode ser executada sobre os bens adquiridos após o casamento, tem o credor de aguardar a dissolução da comunhão, ou o aparecimento de bens particulares, isto é, bens incomunicáveis do cônjuge devedor, tais como legados com a cláusula de incomunicabilidade. Seria razoável que a lei processual permitisse medida de salvaguarda dos interesses dos credores, sujeitos, eventualmente, a longos anos de espera. Não é só. Os cônjuges podem mancomunar-se para, esgotado o patrimônio comum, nada ficar para o pagamento das dividas de tais credores. A lei processual cabe criar o expediente técnico capaz de ressalvar os direitos deles.

11. Novação. Durante a sociedade conjugal, é possível ocorrer novação das dívidas anteriores ao casamento.

Pergunta-se: jpassa a ser dívida do casal a divida novada durante a sociedade conjugal? Primeiro, é preciso distinguir-se dívida novada com a responsabilidade do outro cônjuge e dívida novada sem qualquer responsabilidade do outro cônjuge: a) Se nenhuma responsabilidade teve o outro cônjuge, a origem da dívida permanece: se bem que novada, é dívida anterior do cônjuge, no plano do direito de família. *b)* Se o cônjuge novou a dívida, com comparência do outro cônjuge, temos a segunda distinção a ser feita: ou figurou como sujeito da nova divida, havendo diferença subjetiva entre a dívida anterior e a nova, pois que a primeira era somente do cônjuge e a nova édo casal, ou não figurou como sujeito da nova dívida, e então cabe pensar-se na continuidade subjetiva da divida e, pois, da sua origem. A inserção do outro cônjuge na dívida nova, como d

sujeito, é que pode determinar a comunicabilidade da divida

originaria-mente incomunicável.

12. Separação judicial e *reconciliação.* Feita a separação judicial e ocorrendo reconciliação, nos termos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 46, as dívidas contraídas entre a separação judicial e a reconciliação devem ser tratadas como as do art. 263, VIII. Salvo quando revertem em proveito comum, somente podem ser cobradas sobre os bens que o cônjuge devedor possuía e levou à comunhão, no dia da reconciliação, ou sobre os particulares.

13. Pagamento *pelos bens* comuns. As dívidas comunicadas, inclusive as anteriores que por exceção passam ao casal (art. 263, VIII,9) Causa de extinção do regime. As causas da extinção do regime matrimonial de bens legal (não-obrigatório) ou convencional são as da lei velha. Se é adotado pela lei nova o divórcio a vinculo, o caso passa a ser levado em conta *ad* instar da dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges. Os efeitos da reconciliação obedecem, porém, à lei do tempo em que os cõnjuges se reconciliaram. A respeito, cumpre notar-se que andou bem o legislador, podem ser pagas pelos bens comuns, quaisquer que sejam, desde o dia do casamento até à efetuação da divisão do ativo e do passivo da sociedade conjugal.

Na comunhão universal de bens, há comunhão, não há solidariedade. Morto um dos cônjuges, ou dissolvida por outro modo a comunhão, a dívida é partida ao meio, como os bens. Cobrada a metade a um, se a outra metade não pode ser cobrada ao outro se só aquele tem bens próprios), não se pode ir cobrar àquele o restante.

14. Responsabilidade após a dissolução da sociedade *conjugal.* Dissolvida a sociedade conjugal, a responsabilidade do outro cônjuge pelas dividas comunicáveis, contraídas durante a sociedade conjugal, é por metade: respondem os dois ativos, meio-a-meio, como se não estivesse dissolvida a sociedade conjugal. Feita a partilha, porém não passada em julgado, se alguma dívida aparece, cada patrimônio responde por metade (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 1ª de dezembro de 1915 e 12 de abril de 1916, *RF* 28/23; Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de agosto de 1912, .*SPJ* 9/488); mas responde, pelo resto, se o do decujo não bastar, o do outro cônjuge, ou responde o acervo, se o do outro cônjuge não bastar desde que a

divida, nos dois casos, foi contraída por aquele sobre cujos bens se cobra. Não há benefício de inventário.

O outro cônjuge, *e.g.,* o sobreveio, responde por todas as dívidas comuns, por metade, enquanto os bens, por metade, permitem pagarem-se, e totalmente, daí por diante, se as contraiu ele, e não o outro.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (10 de junho de 1907, Si 45/447) entendeu que, tendo a viúva renunciado à meação, se exonerou da responsabilidade pelas dívidas. Mas ias dívidas, se comuns, são de ambos! Se renunciou à herança do marido, renunciou ao que lhe fosse, na qualidade de herdeira. A meação não se renuncia: não pode alguém renunciar ao seu patrimônio, isto é, ao seu ativo-passivo. Se tal viúva não pedia, com as metades, a do marido (herança) e a Sua (meação), pagar todas as dívidas comuns, fica a *devê-las por* nietade. Os seus bens, se algum dia os tiver, respondem pela metade delas. Ou por todo o resto, se foi ela que as contraiu.

15.

Código Civil, art. 268. Diz o art. 268: “Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro por dívidas que este hou;ver contraído.”

O que o art. 268 quer é que, *extinta* a comunhão (morte, separação judicial, divórcio), e efetuada a divisão do ativo e do passivo, isto é, passa!da *em julgado* a sentença de *partilha ou* a *de* adjudicação, as dlívidas comuns, mas contraídas somente por um dos cônjuges, senão possam mais cobrar ao outro, como dívida comum, ou de~ proveito comum (art. 263, VIII). O art. 268 cria caso de *preclus;ão* do prazo para cobrança de tais dívidas quando ao outro cônjuge.

A partilha é, contudo, impugnável, como sentença *nula,* ou como sentença *anulável,* ou como sentença *rescindível.* Os prazos para a propositui-a dias ações são diferentes. O art. 1.805 só se refere, por exemplo, aos *vícios* e defeitos (anulabilidade por erro, coação etc.). Julgada nula, anulada ou rescindida, sentença de partuba não houve, e pois subsiste a responsabilidade *pela metade.* Veja Tomo VI, §§ *6717,*

5, 678, 12, 707, 4, 711, 1

e 717, 1.

d

16. *Cônjuge sobrevIIIvente e* pagamento das dívidas. O TribunaL da Relação de Minas Gerais decidiu, a 23 de março de 1928, que o cônjuge sobrevívenste não pode ser compelido ao pagamento da totalidade de divida ccontraída na constância da sociedade conjugal e demandada postertiormente à partilha. Não está certo. Se se trata de divida contrraída pelo cônjuge premorto, nenhuma é a responsabilidade, o cque o acórdão não disse, e devera dizer; se contraída por ambos,, cobra-se por metade; se pelo sobrevivo, por inteiro. A lei é clara (~art.

268): "cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges parra com os credores do outro por dívidas que este houver contraído". Erro evidente é generalizar-se o principio aos dois outros casos (dividas que ambos houverem contraído). E acrescentou o acórdão que o credor há de dirigir a cobrança contra o cônjuge sobrevivo e contra os herdeiros que receberam a meação do finado. Está, ainda ai, errado. Se foi contraída por ambos, sim, e, executados os bens do falecido e os do sobrevivo, recebidos ao tempo da morte do cônjuge, prosseguirá a execução dos bens deste, ainda que posteriores, pela metade da divida: a dívida era de ambos. Se foi contraída pelo sobrevivo, não: somente contra ele cabe, então, a execução; pois que, por força do art. 268, se excluiu a cobrança contra o espólio do outro cônjuge. Se foi contraída pelo que premorreu, somente contra o espólio se há de cobrar Cp. Código Comercial, art. 348.

17.

Bens *inalienáveis e bens impenhoráveis.* Se falece o que tem bens inalienáveis, as dívidas que deixa não se cobram sobre esses bens (6ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de outubro de 1933, *RD* 113/167-174; Corte de Apelação do Rio Grande do Sul, 9 de julho de 1935, *J* VIII/362). Dá-se o mesmo se impenhorável o bem deixado.

§ 898. Obrigações contraídas na constância da sociedade conjugal

1. Comunicação. A regra geral é que se comunicam todas as dívidas e demais obrigações contraídas na constância da sociedade conjugal pelo marido, por ambos os cônjuges, ou pela mulher nos casos em que ela o pode fazer. Excetuam-se: a) As obrigações provenientes de atos ilícitos (Código Civil, arts. 1.518-1.532, 263, VI; Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 60). *b)* A dívida resultante de fiança prestada pelo marido sem outorga da mulher (arts. 178, § 92, 1, alínea *b,* 235, IIII, e 263, X): "sequitur, in quam, ex debito proveniente ex fideiussione, constante matrimonio, a viro facta, uxorem nulíatenus teneri" (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* VI, 168).

2. *Atos ilícitos.* Os atos ilícitos, consistam em ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, obrigam a reparar o dano (art. 159). Trata-se, pois, de obrigação meramente pessoal, no sentido léxico, embora em técnica jurídica se chame *real,* por se gerar de fato, ou omissão, — *ex re* nasce ela. E o fato ou omissão do autor que fundamenta, de si só, a ação do lesado. Também não se comunica a obrigação oriunda de ato-fato ilícito ou só fato ilícito, que só a um cônjuge se ligue.

Há, porém, caso, em que a obrigação ex *delicto* não épessoal ao marido; deriva da qualidade de genitor, recaindo, pois, em ambos os cônjuges, que a devem solver pelos bens comuns, trazidos ou adquiridos.

Referimo-nos à hipótese da reparação civil pelos atos dos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia (art. 1.521,1). Ainda assim, é admitido que o outro cônjuge prove não ter tido qualquer culpa, de modo que se estabeleça a responsabilidade de um so.

Além disso, há a *condictio* baseada na L. 2, C., ne *uxor pro* manto *vel maritus pro uxore vel* mater *per filio conveniotur, 4,* 12, e no Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1934, art. 2ª: „A obrigação de indenizar por motivo de atos ilícitos não é excluida da comunhão quando os mesmos tiverem proporcionado qualquer proveito ao casal" (cp. art. 255, de que também resulta a *condictio);* também, se tais fontes não houvesse, em principio geral de direito.

3.

Bens comuns e responsabilidade por atos de terceiro. Os bens comuns não respondem pelos atos praticados pelo tuteladq, ou curatelado, ainda que, tratando-se da mulher, tenha o marido dado assentimento para o exercício da tutela, ou curatela. Tal obrigação não deriva, imediatamente, da tutela, ou curatela, nem há presunção de culpa dos cônjuges, uma vez que só um é tutor, ou curador. É conseqUente à omissão do tutor, ou curador, em vigiar o pupilo, ou curatelado.

d

Recai, portanto, sobre a pessoa que exerce a tutela, ou curatela, e não sobre o seu cônjuge. Esse somente responde independentemente de qualquer alusão ao cargo tutelar, ou curatelar.

4.

Código *Civil,* art. *1.521, IIII.* Diz o art. 1.521: "São também responsáveis pela reparação civil: IIII - „O

patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele." De ordinário, têm os criados, como patrões, a ambos os cônjuges, pois que os serviços são comuns. Pergunta-se: ~devem ser comunicáveis, ou não, as dívidas oriundas de ato ilicito de serviçais do casa/? Comunicáveis, não; de ambos. Se o criado é doméstico, justo será que ambos sejam responsáveis; mas o mesmo não se poderá dizer do empregado do escritório do marido, do empregado do estabelecimento industrial da mulher etc. A figura dos dois patrões é vulgar nas relações de casais com empregados, de modo que só em tais casos ambos serão responsáveis. Urge, porém, notar-se que se trata de uma obrigação do marido e outra da *mulher,* devendo, assim, ser obrigados um e outro, e não o casal, uma vez que as obrigações *ex delicto* recaem sobre pessoas naturais ou jurídicas, e não se pode dizer que o casal —

mera figura intermédia, sem personalidade jurídica autônoma — possa ser obrigado diretamente, a não ser no caso do art. 1.521, 1, em que os cônjuges são obrigados em comum, como pais.

Em suma: as obrigações *ex delicto,* quando provenientes de criados de ambos os cônjuges, sobre ambos recaem, mas pessoalmente.

5.

Atos ilícitos. Praticado o ato ilícito, a"obrigação é incomunicável, não cabendo, hoje, dar-se qualquer ônus da prova ao outro cônjuge, para se imunizar às consequências de indenização. Dar-lhe a produção de provas de não ter padicipado das vantagens resultantes do ato ilícito seria impor-lhe o dever de dar prova negativa. Nem se presume co-autor, nem cúmplice, nem participante de quaisquer proveitos, oriundos do crime, ou de qualquer outro ato, de que resulte a obrigação de indenizar. Alguns autores nacionais, citando a Teixeira de Freitas, em nota ao art. 115 da Consolidação *das Leis Civis,* bem como o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 18 de abril de 1925, concluem pelo ônus da prova, dirigido ao outro cônjuge. Nada mais insustentável, nada mais contra os princípios. A presunção de ter proveito em crime somente poderia resultar de regra legal. Na falta de tal regra, qualquer atitude a esse respeito seria aberrante da sistemática do Código Civil e, o que é mais grave, dos próprios princípios fundamentais do direito concernente à obrigação de reparar os danos. O autor é que tem de dar a prova de que houve o locupletamento, e tal ação, uma vez que se supõe não ter havido co-autoria, não é a mesma que se exerce contra o cônjuge autor do ato ilícito. Ou é outra ação *ex delicto,* se o locupletamento ilícito constitui, por si só, delito, ou é a ação de enriquecimento injustificado ou sem causa. Se os dois pedidos podem ser cumulados, é coisa que depende da legislação processual; e a resposta é afirmativa.

6. Fiança. Quanto à fiança, o Código Civil somente falou da que presta o marido, sem outorga da mulher, mas é claro que, nos casos em que a mulher assume a direção e a administração do casal (art. 251), com ela também se entende a regra do art. 263, X.

Se da fiança resultou vantagem para o outro cônjuge, □.responde esse pelo impode de tal vantagem? Houve quem escrevesse (J. M. Carvalho Santos, Código Civi/ Brasileiro *Interpretado,* V, 71): "Se da fiança resultou vantagem para o outro cônjuge, em qualquer hipótese, o que recebeu vantagem fica obrigado até a importância dela e nessa medida a fiança se comunicará (arg. do art. 255)." Evidentemente, o jurista tresleu o art. 255. Diz-se nele:

“A anulação dos atos de um cônjuge por falta de outorga indispensável do outro, importa ficar o primeiro obrigado pela importância da vantagem, que do ato anulado lhe haja advindo, a ele, ao consorte, ou ao casal.” Como se vê, muito diferente é o princípio. Nele não se diz que a anulação dos atos de um cônjuge, por falta de outorga indispensável do outro, importa ficar essoutro obrigado pela importância da vantagem, que do ato anulado lhe haja advindo a ele, ao consorte, ou ao casal. Quem fica obrigado é o primeiro; quer dizer: o cônjuge cujo ato foi anulado. A ação, ou, permitindo o a legislação processual, o pedido cumulado na reconvençao a ação de anulação, para que o cônjuge, cujo ato foi anulado, responda pelo que lucrou, ou pelo que lucrou o seu consorte, ou casal, é de direito de família, com fundamento no art. 255. Se o outro cônjuge também responde pelo que lucrou é matéria estranha ao direito de família. Só outras partes do direito civil podem resolver a questão, cabendo, pelo menos, a ação de enriquecimento injustificado. Mas tal ação nada tem com o direito de familia, e de modo nenhum poderia ser invocado o art. 255. Se foi o casal, indistintamente, que lucrou, o direito de família permite que se intente a ação do art. 255, parágrafo único, para que o lesado haja perdas e danos sobre ps bens comuns, somente até a concorrência do proveito aurido pelo casal, provando ser terceiro de boa-fé e não ter bens particulares o cônjuge cujo ato foi anulado.

d

Qualquer mistura de princípios, em tais assuntos, leva a soluções injustas e a disparates, de que, aliás, se ressente a jurisprudência sobre regime de bens e sobre nulidade ou anulabilidade de atos de um dos cônjuges.

§ 899. Execução por dívidas contraídas antes e durante a sociedade conjugal

1. Ainda o art. *264* do Código *Civil.* No art. 264, estatui o Código Civil: “As dividas não compreendidas nas duas exceções do nº VIII, do artigo antecedente, só se poderão pagar, durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor trouxer para o casal.”

O art. 263 é o que enumera os bens e as dividas, em sentido amplo, que se não comunicam. O art. 264 fala de dívidas não-compreendidas nas exceções do art. 263, VIII. Pergunta-se: ~a expressão "dividas" compreende as dividas anteriores ao casamento, e só elas, salvo se ocorre alguma das exceções do art. 263, VIII, ou se refere a todas as obrigações e dividas, enumeradas no art. 263, em quaisquer dos seus incisos, e não só às de que cogita o art. 263, VIII?

2. *Extensão do art. 264.* O art. 264 só se refere às dividas anteriores ao casamento. Somente sobre elas disse o Código Civil que se pagam, durante a sociedade conjugal, pelos bens que o cônjuge devedor trouxe para o casal, à diferença do que estabelecia a Ordenação do Livro IV, Título 95, § 4. Inovação da Comissão da Câmara dos Deputados em 1901, modificada durante a discussão *(Traba/hos,* VI, 80; VIII, 278). Não há, portanto, cogitar-se de se regular a execução das ações *ex delicto,* ou a da fiança prestada pelo outro cônjuge, pelo art. 264.

A fiança, se foi prestada sem outorga da mulher, pelo marido, ou pela mulher, sem assentimento do marido, ou, nos casos do art. 251, sem a autorização judicial, tem de ser anulada cabendo invocar-se o art. 255, e não o art. 264. Quanto às obrigações provenientes de atos ilicitos, são incomunicáveis, mas têm de ser executadas, e respondem por elas assim os bens que o cônjuge obrigado levou para o casal como os que depois adquiriu, ainda que por metade, devido à comunhão, e, pagas tais dívidas, deduzir-se-ão da meação do devedor quando dissolvida a comunhão. A solução de só se pagarem depois da mode, ou outro fato de dissolução da sociedade conjugal, excluídos os bens que se comunicassem, durante todo o tempo da constância da sociedade conjugal, seria imoral e faria passar depois do direito privado o que é de imediato interesse público, — a indenização.

Não se justificaria que o autor do delito, ou o que, ainda sem ser autor, tivesse de responder, não tendo bens particulares, nem tendo trazido bens àcomunhão, no momento do casamento, mas tendo recebido herança, ou ganho outros bens comunicáveis, ficasse isento de pagar a dívida *ex delicto,* enquanto vigorasse a sociedade conjugal. A metade dos bens comuns é do cônjuge devedor A divida proveniente de ato ilícito é incomunicável. Nada obsta, porém, a que se pague a obrigação *ex delicto* dentro da metade do cônjuge devedor, levando-se em conta, quando dissolvida a sociedade conjugal, o que à metade se tirou. Uma vez que o Código Civil nada disse a respeito, outra não

pode ser, dentro dos princípios *gerais* de *direito,* a solução adequada. A jurisprudência tem admitido ao outro cônjuge usar de embargos de terceiro para livrar da penhora a sua meação quando bens comuns são penhorados para a soluçáo de obrigações provenientes de atos ilicitos.

Portanto, admite a penhora na outra metade, — a do cônjuge devedor. A respeito é de lembrar-se o acórdão da 3ª Câmara da Code de Apelação do Distrito Federal, de 10 de novembro de 1927 (RD 90/591): „Não há dúvida, como considerou a sentença apelada, que as obrigações provenientes de atos ilícitos são excluídas da comunhão, conforme dispõe o art. 263, VI, do Código Civil. Aplicada essa disposição à hipótese dos autos, não se pode deixar de concluir que a meação da mulher do embargante nos bens do casal não responde pela obrigação de ato ilícito cometido por seu marido. Mas, pertencendo a esse metade do bem penhorado levado à praça, bem feita foi essa penhora e conseqúente arrematação, pois essa metade responde pela obrigação, salvo à mulher reaver a sua parte, mediante embargos de terceira senhora e possuidora." A sentença havia anulado toda a penhora.

3. Art. *263, IV* e *V* Os casos do art. 263,1V e V, implicam que o cônjuge possa fazer, dentro da sua metade, promessa de dote, ou constituir dote, a filho de outro leito, ou a filho comum. Se o art. 263, IV e V, nada tivesse dito, claro que a promessa e constituição de dote, nas duas hipóteses, somente poderiam consistir em promessa e constituição de dote com bens particulares. Mas a alusão deixa ver-se a possibilidade da promessa de dote, ou de constituir-se dote, a filho dedoutro leito, ou filho comum, naturalmente como adiantamento de legitima e dentro dela, com bens, que caibam na metade e dela devam ser deduzidos, quando dissolvida a d

sociedade conjugal. Aliás, o art. 263, que vale para o marido e para a mulher, permite dotes ou doações nupciais feitas às filhas, e doações feitas aos filhos, por ocasião de se casarem, ou de estabelecerem economia separada, o que mostra ser verdadeira a interpretação que damos ao art. 263, IV e V.

§ 900. Frutos dos bens comunicáveis e dos incomunicáveis

1. *Inalienabilidade intrínseca.* A incomunicação de alguns bens tem por fundamento a inalienabilidade intrínseca ou a imediata necessidade pessoal deles. Não haveria razão, portanto, para se excluirem da comunhão os frutos desses bens ou direitos reputados incomunicáveis. Os frutos dos bens inalienáveis não conservam esse caráter de exceção, e os objetos de uso pessoal geralmente não têm fmtos. Apagado assim o motivo das exceções, prevalece em favor da sociedade conjugal, a cuja mantença ambos os cônjuges devem prover, o princípio essencial ao regime adotado e, mais do que isso, aos fins mesmos do contrato matrimonial.

2. *Frutos.* Comunicam-se, em vista disso, todos os frutos que se perceberem ou vencerem, desde a data da celebração até o dia em que cessar a sociedade conjugal. Diz o art. 265: "A incomunicabilidade dos bens enumerados no art. 263 não se lhes estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento." Também ai a má terminologia do Código Civil pôs "durante o casamento" onde devera estar escrito "durante a sociedade conjugal", ou "na constância da sociedade conjugal".

3. *Frutos que se têm* como bens comuns. Atendendo-se à impossibilidade de se distinguirem os frutos de cada um dos cônjuges nas metades ideais da massa indivisa, consideram-se pertencentes àcomunhão todos os frutos provenientes de bens comuns, ainda que o cabeça de casal os percebesse depois de aberta a sucessão (Manuel de Almeida e Sousa, Notas *de Uso Prático,* III, 330). O marido, ou a mulher, que é cabeça de casal, deve trazer ao acervo todos os frutos percebidos até o dia da partilha, pois que lhe não pertencem e, sendo indivisos por lei os bens do casal, não pode o sobrevivo discriminar *proprio motu* a sua meação e colher, como se só seus fossem, os frutos que porventura produzirem tais bens supostos só seus. Tratam-se tais frutos, pois que persiste a indivisão, como frutos de bens comuns, com as mesmas regras que os governariam se vivos fossem os cônjuges.

4. O *que* não *entro no acervo.* Não entram no acervo: a) Os bens adquiridos pelo cabeça de casal, sem o auxilio dos capitais comuns, depois de dissolvida a comunhão; como, por exemplo, as doações, os legados, os produtos de profissão do sobrevivo etc. Os bens adquiridos com auxílio dos capitais comuns, ou provenientes de causa anterior à morte, são comunicáveis; e vão ao acervo a fim de se partilharem.

Exemplo: o bilhete de loteria comprado por um dos cônjuges na constância da sociedade conjugal, ainda que o fosse com os frutos dos bens incomunicáveis, pertence ao casal e, sendo sorteado depois da morte do comprador, ou do outro cônjuge, deve o prêmio ser levado ao acervo, a fim de ser partilhado. *b)* Os frutos dos bens acima mencionados. Os rendimentos dos bens particulares do cônjuge falecido e percebidos depois de aberta a sucessão devem ser levados ao acervo e partilhados entre os herdeiros, porquanto não pertencem ao casal. Ao outro cônjuge, se tinha direito aos fmtos de tais bens enquanto existia a sociedade conjugal, não lhe assiste, na espécie, a escusa de *indivisão,* que somente prorroga até a partilha a comunhão das rendas dos bens comuns.

5.

Alienações e bens de aquisição *originária.* A expressão "frutos" tem valor técnico, de modo que erram todos os que procuram alargar-lhe o conceito a fim de abranger outras acessões que frutos não são. O

problema estava0para o legislador, em dizer como se tratariam os frutos, e não as acessões. Se há formação de ilha, ou acréscimo por depósito e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios, ou pela avulsão, ou pelo abandono do álveo, ou pela construção e plantação, não é ao direito de família que se tem de pedir o principio determinante da titularidade do direito, e sim ao direito das coisas. O direito de familia nada teria de estatuir, uma vez que o acréscimo iria aos proprietários, por força mesma do regime estabelecido pelo Código Civil ou pelo Código das Aguas — Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 16-27 — a respeito de quaisquer bens, sejam cônjuges, ou não, os proprietários. Infelizmente, o direito de família tem sido tratado, no Brasil, sem a devida atenção à sua especialidade, ao valor conceptual da sua taxinomia. Quando o legislador teve de tratar do condomínio, figura de direito das coisas, cuja fonte não nos interessa pesquisar, também cogitou de

"frutos", e não de outros acréscimos, matéria regulada, em geral, no Capítulo sobre a aquisição e perda da propriedade imóvel, ou no Capítulo sobre a aquisição *e* perda da propriedade móvel. Seria desacertado que, no d

Livro sobre Direito de Família, reproduzisse ou alterasse normas sobre a acessão, a aluvião, a avulsão, o abandono de álveo, as plantações e construções, a usucapião de móveis e imóveis, a ocupação, a confusão,

a comistão e a adjunção, ou sobre a tradição. Tudo isso pertence a outro ramo, como, nos casos de aquisição mortis causa, é ao direito de sucessões que se hão de pedir os principios reguladores.

~É incomunicável a renda dos bens inalienáveis ou incomunicáveis? A questão é a mesma, num e noutro caso, porque bens incomunicáveis são bens, subjetivamente, em parte inalienáveis: o que se veda é alienação iure n‟iatrimonIII. Se tais rendas são, por disposição expressa, inalienáveis, são incomunicáveis. Se a inalienabilidade dos bens se contagia às rendas, também incomunicáveis são elas. Aqui, supomos que se não possa tirar da disposição serem, por si sós, inalienáveis, ou incomunicáveis, as rendas. O que nos interessa é sabermos se, no regime da comunhão *universal de bens,* se comunicam os frutos dos bens inalienáveis ou incomunicáveis, quando não houve, no ato jurídico em que se adotou a cláusula, limitaçâô de poder quanto aos frutos mesmos. Na jurisprudência, duas correntes lutaram: uma, fundada em Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de Uso Prático,* III, 367), que a tirou de Diogo Guerreiro, reforçou-se com o argumento do art. 45 da Lei nº 5.746, de 9 de dezembro de 1926, e continuou de sustentar a incomunicabilidade e a impenhorabilidade (5ª Câmaras da Corte de Apelação do Distrito Federal, 1ª e 13 de agosto de 1933, Ai 28/32/27/443; assim, as mesmas Câmaras, 12 de novembro de 1934, *RD* 116/389 s., confirmando o acórdão da 5ª Câmara, de 5 de julho de 1934); outra, também velha (2a Câmara, 13 de julho de 1906, *RD* 11/548), assentou a comunicabilidade (5ª Câmara, 6 de agosto de 1931, *RD* 113/ 475 sã e a penhorabilidade. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 11 de abril de 1916 *(RT* 17/392), entendeu que vale a cláusula de inalienabilidade ou de impenhorabilidade dos frutos, se os bens clausulados são bens de herança testamentária ou de legado; e não, se bens de legitima. Sem razão: a cláusula de impenhorabi lidade é sempre válida (Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 e 14 de abril de 1916, 17 de setembro de 1920, 11 de março de 1921, *RD* 63/181, 1ª de dezembro de 1931, 11 de maio de 1932, 23 de maio de 1934; Tribunal da Relação de Minas Gerais, 4 de novembro de 1925

e 13 de janeiro de 1926), excluída, havemos de entender, a execução por dívida do próprio clausulador, que se não pode imunizar a si mesmo, quer se trate de legítima, quer não; e a de inalienabilidade só se há de entender imunidade a atos de alienação prévia, penhora, comunicação, e não aos de gasto dos frutos, salvo, ainda, se se destinam a pagamento de dívida do testador ou do herdeiro, caso em que se há de interpretar como cláusula mista (inalienabilidade e destinação). Se também os frutos foram declarados inalienáveis, entende-se que podem ser gastos pelo percipiente, porém não podem

ser dados em garantia, cedidos, penhorados etc.

As rendas dos bens inalienáveis podem não ser inalienáveis, nem incomunicáveis, por disposição de ato jurídico, inter *vivos* ou mortis causa, mas serem inalienáveis, por disposição de lei, ou, por disposição de lei, impenhoráveis. Assim, quando alguma lei processual impõe impenhorabilidade a rendas, tal impenhorabilidade é só *vi legis;* quando a lei gxaterial impõe a inalienabilidade das rendas, isso não serve de base à generalização da inalienabilidade a quaisquer rendas parecidas. se estabelecer a comunhão se do matrimônio houver filho: nesse caso, acontecendo isso, o regime principia. Essa convenção não elide o estatuído no art.

230 do Código Civil, que diz: "O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável." A obrigatoriedade da convenção antenupcial começa, realmente, do dia do casamento. Não se pode, todavia, estatuir em pacto antenupcial a simples suspensão ou resolução da comunhão, qualquer que seja o motivo. Seria excetuar-se a irrevogabilidade do regime estabelecido, com ameaças de prejuízos aos interesses de terceiros, como mostrou Teixeira de Freitas (Consolidação *das Leis* Civis, nota ao art. 88), sem demorar nesse ponto, todavia, o seu espírito de investigador pertinaz. Em suma: nos pactos antenupciais não se admitem condições *suspensivas* ou *resolutivas* da comunhão, como de qualquer outro regime. b)A convenção pela qual se excluem da comunhão certos bens desligados, ou uma parte deles (Coelho da Rocha, Instituições, 1, 176; Lafaiete Rodrigues Pereira, Direitos *de Família,* 103). *c)* A convenção pela qual algum dos esposos renuncie a sua parte nos aqúestos, e tal renúncia importa eximi-lo da responsabilidade pelas dívidas do casal. Mas a renúncia em hipótese alguma pode ser feita na constância do matrimônio, porque seria revogação do regime: "non posse alterum coniugem renunciare durante matrimonio huiusmodi lucris interveniente pacto de dividendo ilIa, quia aut iam sunt lucra quaesita, et non valet propter prohibitionem" (Álvaro Valasco, *Opera* Omnia, 11, 5).

§ 901. Pactos antenupciais limitativos e modificativos da comunhão 1. Convenções *excludentes.* A comunhão pode ser alterada por convenções antenupciais, uma vez que essas convenções não contravenham regras de lei explicitamente proibitivas ou impositivas (leis cogentes), nem prejudiquem direitos conjugais ou direitos paternos.

d

2. Enumeração *de pactos permitidos.* Entre os pactos possíveis podem ser enumerados os seguintes, que restringem ou modificam, de certo modo, o regime de comunhão: a) A convenção de § 902. Domínio, posse e administração dos bens

1.

Maritius et uxor *dicuntur simul bona possidere.* O domínio e posse dos bens comuns pertencem, na constância da sociedade conjugal, a ambos os cônjuges (Código Civil, art. 266). *Maritus* et uxor dicuntur simul bona *possidere* (Jorge de Cabedo, *Decisiones,* Pars prima, 239). São as figuras jurídicas do condomínio e da composse, mas por princípio de direito de família. Diz-se, textual-mente, no art. 266: "Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum." Lê-se em Antônio Mendes Arouca (Adnotationes *Practicae,* 1, 484): "... ex universali omnium bonorum societate non solum dominio, sed possessionem inter socios communicari ex veriori sententia, quam cum pluribus sequitur... Unde inferunt ad societatem coniugalem, de qua ín Ord. li. 4, T. 46, ut contracto et consummato matrimonio bona inter virum, et uxorem communia fiant non solum in dominio, sed etiam in possessione". Volveremos ao assunto ao tratarmos da Posse.

2. *Situa* ção *jurídica* dos *cônjuges quanto* aos bens comuns. Nenhum dos cônjuges é proprietário exclusivo da totalidade dos bens comunicados; cada um tem, todavia, metade imaginária da massa indivisa, de que não pode dispor, nem partilhar enquanto não cessa a sociedade conjugal. Donde se conclui que não pode um dos cônjuges, na constância da sociedade conjugal, transferir o seu direito à meação, ou obrigá-lo diretamente, porque isso importaria dissolução da comunhão de bens, o que não está em sua vontade fazer, uma vez que os princípios de irrevogabilidade dos regimes são de interesse público e, por isso mesmo, inalteráveis pela vontade dos cônjuges? E-lhe permitido deixar a meação a quem lhe aprouver, por ato de última vontade, se não tem herdeiros necessários. Quando os tiver, legar a metade do que se apurar como constitutivo da sua meação (art. 1.721).

3. Administração. A administração dos beit comuns pertence ao marido, que pode, todavia, atribui-la à mulher, outorgando-lhe tal poder B o que diz o art. 266, parágrafo único: "A mulher, porém, só os administrará por autorização do marido, ou nos casos do art. 248, nº V, e art. 251." O que administra pode alienar os móveis.

Por exceção, há ainda outros casos em que a mulher pode administrar certos bens durante a vigência da comunhão: a) Os bens reivindicados, por terem sido doados ou transferidos pelo marido à concubina, quer sejam móveis, quer sejam imóveis (arts. 266, parágrafo único, e 248, IV e V). *b)* Todos os bens, se o marido estiver em lugar remoto ou não-sabido, ou se estiver em cárcere por mais de dois anos, ou, ainda, se for judicialmente julgado interdito (arts. 266, parágrafo único, e 251). Dos bens incomunicáveis a administração compete à mulher, se outra coisa não se dispõe em pacto antenupcial.

§ 903. Dissolução da comunhão de bens

1. A sociedade conjugal, e não ao vínculo, concerne a comunhão universal. A comunhão universal de bens não é mais do que reflexo inteiro da sociedade conjugal, individuam *vitae* consuetudinem *continens,* no patrimônio e nos próprios interesses econômicos dos cônjuges.

Tal regime tem a sua razão de ser na índole mesma da sociedade conjugal, desde que se entenda deverem ser coextensivos o moral e o econômico; com ela nasce e com ela se dissolve (Código Civil, art. 230, 1ª parte; Lei n0 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 32, *pr,* 3ª parte). Embora persista o vínculo, cessada a sociedade conjugal, desaparece, como conseqüência imediata, congênere, a comunhão de interesses que se estabelecera.

MeIo Freire defendia a opinião oposta. Para ele, a comunhão, produzindo-se ex *legis potestate,* não dependia da sociedade, e sim do vinculo matrimonial, sem cujo desaparecimento não poderia cessar o regime estabelecido: "ius enim nostrum communionem bonorum generaliter statuit, e cum nuílum tempus excipiat, vel distínguat, illud nos sine lege distinguere haud habemus; hoc autem intelligendum est

quamdiu dura vinculum matrimonIII; itaque, eo iure dissoluto, cessat communio" *(Institutiones,* III, 153; contra tal solução: Antônio Gomes, Opus *praeclarum et utilis* simum *super* Legibus Tauri, 273, verso; J. Voet, Compendium *ad Pandectas,* L. 24, III, nº 18, que tiveram a preferência dos pósteros, tais como, entre outros, Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de* Uso Prático, III, 327, Correia Teles, Digesto *Português,* 11, 49, Coelho da Rocha, d

Instituições, 170, e Lafaiete Rodrigues Pereira, Direitos de *Família,* 116).

2. Código Civil, *art. 267.* Diz o art. 267: "Dissolve-se a comunhão: 1 - Pela morte de um dos cônjuges (art.

315, nº 1). III - Pela sentença que anula o casamento (art. 222). IIII - Pela separaçao judicial. IV - Pelo divórcio." Aqui, temos de tratar da dissolução em caso de morte e em caso de separação judicial, uma vez que merece crítica o art. 267, li, e a matéria de casamento nulo ou anulável, com ou sem a declaração de putatividade, já foi versada.

3. Morte. Se a sociedade conjugal se dissolve por morte de um dos cônjuges, a comunhão termina e os bens conservam-se indivisos na posse do sobrevivente até que se ultime a partilha. Ao sobrevivo cabe o domínio exclusivo de sua metade ideal, e aos herdeiros ou legatários do cônjuge premorto tocam as partes correspondentes à herança ou ao legado, deduzidas da metade que indistintamente possuia na comunhão o cônjuge falecido. Ao cônjuge casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o decujo ao tempo de sua morte, dá a lei poderes necessários para reger e defender os bens da comunhão até que a partilha lhe dê a sua metade e entregue a outra metade aos herdeiros ou legatários do falecitado (Código de g"rocesso Civil, art. 990, 1).

4. *Dívidas.* Quando, porém, com os bens e as dívidas *comuns* concorrerem bens ou dívidas pessoais e incomunicáveis, deve-se separar o que é comum do que é particular; e o cônjuge sobrevivo ou os herdeiros do outro mencionarão as suas dividas pagas pela massa e as benfeitorias praticadas em bens particulares do premorto e outros direitos que devam ser respeitados, ou obrigações que devam ser cumpridas (Álvaro Valasco, *Opera Omnia,* III, 34: considero quod in

hoc specie, hoc est propter melioramenta in re maioratus facta, non competit uxori interdictum undevi — tamquam spoliate aliqua possessione, sed solum ius retentionis rei, in qua facta sunt melioramenta").

As dívidas comuns existentes ao tempo da partilha, se nessa se não separaram bens para seu pagamento, ficam a cargo dos a que toquem as metades dos bens da comunhão extinta, cada qual na proporção da parte que lhe couber (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 172). Pelas dividas incomunicáveis do falecido só a metade pertencente a ele pode responder; e, feita a partilha, respondem por elas os herdeiros, cada qual na proporção do que recebeu (art. 1.796).

As benfeitorias praticadas em bens incomunicáveis não podem ser compensadas com os frutos provenientes desses bens na constância da sociedade conjugal, porque tais frutos pertencem àcomunhão quando percebidos ou vencidos durante ela (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 109; Antônio da Gama, *Decisiones,* Dec. 309, nº 6; Dec. 310, nº 7). As benfeitorias só podem ser compensadas com os frutos dos ditos bens incomunicáveis percebidos ou vencidos depois da morte do cônjuge até final da partilha.

5. Outro motivo *de* dissolução *que* a morte. Se a comunhão termina por outro motivo sem ser a morte de um dos cônjuges, continua o marido na posse até que se conclua a partilha. Mas, se o casamento nulo ou anulado é declarado putativo, a posse compete ao cônjuge inocente, desde o dia da sentença até o dia em que se ultimar a divisão dos bens do culpado; pois que o culpado não tem direitos de origem conjugal e, sendo a posse uma vantagem, não se lhe concederia sem se contravír a lei.

6. *Tempo de indivisão dos bens.* Durante o tempo em que permanecem indivisos os bens da comunhão, continuam a pertencer *à* massa e entram em partilha as acessões sobrevindas, por qualquer modo que se dêem, e os frutos e os rendimentos, não por efeito da sociedade conjugal que já deixou de existir, mas pelos princípios seguintes, que constituem os fundamentos, histórico e racional, dessa praxe transfundida à Ordenação do Livro IV, Título 96, §§ 3 e 7, e agora ao Código Civil, art. 1.778: a) pela dificuldade de se distinguir, rigorosamente, a origem dos frutos, presuruem-se provenientes dos

bens da comunhão; *b)* os aumentos e os produtos da coisa indivisa pertencem aos co-proprietários, na medida do quinhão de cada um.

Diz o Código Civil, art. 1.778: "Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cabeça de casal e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos, que, desde a abertura da sucessão, perceberam, têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis, que fizeram, e respondem pelo dano, a que, por dolo, ou culpa, deram causa." O fundamento real, histórico, da regra legal do art. 1.778 é o da letra a). Encontramo-lo, *e.g.,* em Alvaro Valasco *(Opera Omnia,* III, 157): praesumi acquisita ex bonis ipsius societatis procedit duntaxat in quaesitis ex bonis communibus adhuc indivisis existentibus propter difficultatem seiunctionis bonorum". O segundo fundamento, *b),* mais racional d

que histórico, foi o único que Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 118) referiu, tirado do direito romano (L. 29 e 44, § 3, D., *familiae* erciscundae, 10, 2; L. 16, § 4; L. 25, § 16).

7.

Bens adquiridos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Só não se incluem na classe dos bens partilháveis os adquiridos depois da abertura da sucessão pelo cônjuge sobrevivente, a titulo gratuito ou, ainda que a título orieroso, sem o concurso dos capitais, negócios, transações e direitos comuns. Não são, portanto, *comunicáveis,* depois de dissolvida a sociedade conjugal: as coisas doadas ou herdadas, os honorários do médico, os vencimentos do emprego ou ofício etc. Tais aquisições constituem, pelo fato de não mais existir a sociedade conjugal, propriedade particular de quem as conseguiu ou ganhou. Manuel de A!ú½eida e Sousa (Notas *de Uso Prático,* III, 331) firmou-se em Arouca, que, aliás, não excele no trecho que Almeida e Sousa citou e a que Lafaiete Rodrigues Pereira se reporta. Melhor do que Arouca, eis como se exprime Alvaro Valasco *(Opera Omnia,* III, 157): "... quod bona quaesita per coniugem superstitem ratione alicuius officIII seu muneris, quod exercet per se ipsum vel ex suo labore, et industria personali, cum non sint producta ex bonis communibus, sed omnino seiuncta, et separata ab illis, et cum regulariter societas non transeat ad heredes, et heres socIII post eius mortem in societate non succedat merito acquisita post eius mortem ex tali industria non communicabuntur, quia nihil commune habent cum bonis societatis.

8. Sôcios. Marido e mulher, nos regimes em que há bens do casal,

ficam na situação jurídica de sócios, e tais bens pertencem à sociedade conjugal, e não propriamente a eles. Terminada tal sociedade sui *generis,* é mister proceder-se à partilha, o que se faz, em consequência da indivisão da massa, como em qualquer ação de partilha entre vivos, se houve anulação ou separação judicial, como na ação *familice erciscundae,* se a sociedade conjugal terminou em virtude da morte de um dos consortes ou de ambos.

9. *Partilha.* Anulado o casamento, ou separados, litigiosamente, os cônjuges, partilham-se os bens entre os compossuidores, observando-se, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível (art.

1.775). O imóvel que não couber no quinhão de um dos cônjuges, ou não admitir divisão cômoda (si *commode dividi non possit),* será vendido em hasta pública, dividindo-se o preço, exceto se um dos cônjuges requerer lhe seja adjudicado, repondo ele, ao outro, o que sobrar (art. 1.777). Quando parte da massa consistir em bens remotos do lugar em que se procede àpartilha, litigiosos, ou de liquidação morosa, ou difícil, pode-se proceder à partilha dos demais, reservando-se aqueles para uma ou mais sobrepartilhas (art. 1.779). Se os cônjuges acordarem sobre a divisão da massa, tal separação bonitária valerá desde que a fizerem por instrumento público, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz (art. 1.773), ficando tais atos, quando referentes a imóveis, sujeitos ao registro no respectivo registro (art. 532, 1; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 23), assunto que mais adiante versaremos.

10. *Ações* familiae erciscundae *e* communi dividundo. Se a dissolução da sociedade conjugal for motivada pela morte de um dos cônjuges, o que sobreviver, pela ação *camuni dividundo,* ou pela ação *Iam iliae erciscundae,* pode promover a divisão da massa bonitária. A ação do cônjuge ou dos herdeiros regula-se pelas regras acima insertas, que constituem matéria do direito de sucessões. Também pode ser feita, amigavelmente, a partilha, por instrumento público, termo nos autos do inventário, ou escrita particular, homologado pelo juiz, se nisso acordam os herdeiros e cônjuge, e nenhum dos herdeiros for menor, ou incapaz. Lê-se no Código de Processo Civil, art. 1.031, pr.: “A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 1.773

do Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a

prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035, desta lei." 11.

Eficácia. As ações *communi dividendo e* família *erciscundae,* nos casos de dissolução da sociedade conjugal, podem motivar, como vimos: *o)* Adjudicação direta dos bens. *b)* Adjudicação indireta, isto é, entrega de parte do preço do imóvel vendido em hasta pública, por não caber na parte devida a cada cônjuge ou herdeiros do premorto, ou por não admitir divisão cômoda. *c)* Reposição por parte de um cônjuge, ao outro, em dinheiro, do que sobrar, na hipótese de um dos cônjuges, ou um ou mais herdeiros do premorto, preferirem lhes seja adjudicado o imóvel destinado a hasta pública. Essa reposição, conseqüência necessária da vontade do adjudicatário, tornando-se, por isso, requisito essencial para a preferência, impede a hasta pública; mas, se não na fizer o comuneiro que requereu a adjudicação, não pode ser condenado a fazê-la. A consequência da omissão em repor será apenas a de ficar prejudicado o seu pedido e ir a hasta pública o referido imóvel. Acabou-se, assim, com a *condern natio,* pelo reconhecimento da voluntariedade do requerimento de adjudicação de imóvel superior ao quinhão do adjudicatário ou ~insuscetiveI de divisão cômoda. O dinheiro reposto, ou a coisa adjudicada, em virtude das ações de partilha por dissolução da sociedade conjugal, torna-se imediatamente propriedade do cônjuge adjudicatário: "quod istis iudicIIIs alicui d

adiudicatum sit, id statim elus fit cui audicatum est" (§ 7, 1, *de officIIIs* iudicIIIs, *4,* 17). O Código Civil e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, todavia, sujeitam ao registro no Re9istro de Imóveis os julgados pelos quais, nas ações divisórias, se puser termo à indivisão (arts. 532, 1, e 167, 1, 23, respectiva-mente), e aquele dispõe no art. 533 que os atos sujeitos ao registro não transferem o domínio senão na data em que se registrarem. Tais regras, necessárias em relaçáo às adjudicações de bens de raiz em pagamento das dividas da herança (art. 532, III), têm razão de ser em se tratando de adjudicações em virtude de ações *comrnuni dividundo e Jamiliae erciscundae,* porque a adjiudicatio é, em tais casos, executiva e, pois, modificativa de propriedade.

Assim, a aparente contradição entre o Código Civil nos arts. 631, 1.580, parágrafo único, 1.572 etc., e o art.

533 reduz-se, pois que tem de ceder aos principios gerais do próprio Código Civil e à técnica jurídica.

Realmente: a propriedade e a posse dos bens do casal são comuns (art.

266); dissolvida a sociedade conjugal, a partilha, pondo termo à indivisão, não atribui o domínio a cada um, parte apenas, executa, e, passando em julgado a decisão, está claro que o domínio pertence, perfeita e legitimamente, ao cônjuge a quem foi adjudicado o imóvel. A disposição do art. 533, pela qual o domínio só se transfere na data do registro, não fica prejudicada, porque, na hipótese formulada, há propriamente transferência de domínio: os cônjuges são verdadeiros condôminos, se bem que o Código Civil diga que a divisão entre condôminos ésimplesmente

"declaratória" e não atributiva da propriedade (art. 631). Melhor discutimos isso nos comentários ao Código de Processo Civil e no *Tratado de Direito Predial.* Na ação *Iam ilice erciscundae, a* contradição mais caracteristicamente avultaria. No *art.* 1.572 a lei civil estatui que — *aberta* a sucessão — o domínio e a posse da herança se transmitem, desde Logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Resta, portanto, fazer a partilha. Feita essa, serão adjudicados os imóveis aos herdeiros, sem que registrem no registro de imóveis o respectivo julgado de adjudicação. Pergunta-se: pode ser impugnado, por isso, o direito do herdeiro ao bem de raiz que se lhe adjudicou? Não; principalmente depois de um ano a contar do dia em que passou em julgado a sentença (art. 178, § 6ª, V), quando estará prescrita a própria ação de anulação de partilha. O registro no Registro de Imóveis só tem, pois, efeito apreciável, nos casos acima: o de se presumir o direito real à pessoa, em cujo nome se registrou (art. 859), o que, constituindo presunção *iuris tantum,* pode ser vantajosamente substituido pelo formal de partilha e elidido pelo julgado. A adjudicação, em tais hipóteses, produz seus efeitos entre as partes no momento em que se lavra a sentença, de modo que o registro é formalidade para efeitos de *publicidade,* dando-se começo, assim, à distinção.

Desde o dia em que o juiz pronunciou a adjudicação, o cônjuge, ou herdeiro, ou condômino, a quem coube o imóvel, suporta a hipoteca que o grava e está incumbido, no caso de renda constituida sobre o imóvel, ao pagamento das que já se venceram e da que estão por se vencer (art. 750). O direito real sobre o imóvel, Regime da Comunhão Parcialque coube ao herdeiro ou em parte diferente da que era a daindivisão inicial, esse, por ter de ser *ergo ormnes,* só tem começocom o registro.

Capítulo VI

Regime da Comunhão Parcial

§ 904. Natureza da comunhão parcial

1.

Comunhão ampla e com unhâo restrita. Regime da comunhão é aquele em que bens de ambos os cânjuges formam uma so massa, de que os consortes são ccmproprietários e ccmpossuidores, indivisamentc.

Constitui, portanto, patrimônio comum, onde se agregam bens anteriores ao casamento e bens adquiridos, de que os cônjuges tiram o suficiente para as despesas do Lar. Dai chamar-se aos bens da comunhão *bens do casal.* O regime da comunhão pode ser amplo ou restrito, conforme a comunhão é universal ou parcial.

2.

Comunhão restrita, limitado *ou parcial.* O regime da comunhão universal de bens pode ser instituido expressa ou tacitamen te, conforme o escolherem os cônjuges em cláusula do pacto antenupcial, ou resultar,

— não havendo convenção, ou sendo nula" (Código Civil, art. 258, pr) — da presunção legal de ter sido aceito. No primeiro caso, chama-se convencional, porque se originou de estipulação das partes; no segundo, recebe a denominação de *legal,* porque se estabelece por força da lei, *ex potestateIegis,* aliás, ai, *dispositiva Iex.* A comunhão legal, como se vê,a norma geral, que a sociedade impõe e que se gera da própria lei (tft ex *eo* d

inter coniuges ipso fure nasceretur), salvo se é obrigatório o regime da separação, ou se outra coisa entre si combinam os cônjuges: *nisí* contrnrium *inter* eos actum sit (Meio Freire, *Institutiones,* ed. de 1797,11, 151; Manuel Álvares Pêgas,C *omentoría ad Ordinationes,* VIII, nº 3 e 8; Alvaro Valasco,Opera Oninia, III, 5). O

regime de comunhão parcial constitui, portanto, o direito comum, o sistema ordinário e usual, de que os outros são apenas vontades contrárias, facultadas aos nubentes em atenção à natureza contratual do casamento.

Donde se conclui que se reputa instituido esse regime se não vigoram por qualquer motivo os pactos antenupciais que o excluam ou modifiquem. Subsistirá, por outro lado, se o pacto antenupcial não for incompatível com ele. A comunhão universal caracteriza-se pela fusão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e das próprias dividas, salvas algumas exceções ao principio da universalidade da *communicatio* bonoruni *et* debitorum. A comunhão parcial quase se restringe aos adquiridos ou fruídos na constância da sociedade conjugal. Esse é o regime comum em Espanha (Código Civil, art. 1.401), no Chile (Código Civil, arts. 1.725 e s.), na República Argentina (Código Civil, arts. 1.262 e s.) etc. Também o permite o Código Civil italiano (art. 215), não como regime legal, mas apenas *facultado.* Sob o direito brasileiro anterior à Lei nº

6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, 7), tratou-se de inovação que trouxe para certas situações especiais a melhor e mais simples forma de contrato matrimonial, sem a amplitude da comunhão univer~al e sem a cautela, ou desconfiança, que em regra implica o regime de separação. Moldada em princípios que trazem maior garantia, muitas vezes seria preferivel, então, adotar-se a comunhão parcial, com o que se evitariam as grandes desigualdades de fortuna e a dilapidação de patrimônios anteriores. Todavia, não acreditávamos, em 1916, na sua implantação, dado o pendor para a comunhao universal, e os anos que se seguiram à promulgação do Código Civil só o confirmaram.

§ 905. Bens e obrigações que não se comunicam

1.

Enumeração. A comunhão restrita ou parcial não mais se estabelece somente por vontade expressa dos cônjuges inserta no pacto antenupcial. Quando os contraentes declaram que a adotam, ou quando nada declaram acerca disso, ou quando o declaram em negócio jurídico nulo, entende-se que excluem da comu nhão: a) Os

bens que cada cônjuge possuia ao casar (Código Civil, art. 269, 1, V parte). *b)* Os bens que sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação, ou sucessão, em favor de um só deles (art. 269, 1, 2ªparte). *c)* Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares (art. 269, III). *d)* Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder (art. 269,111). *e)* Também, os demais bens que se consideram excluidos da comunhão universal (art. 269, IV), a que nos referimos (§ 896, 3 a 5). fl Os bens cuja aquisição tenha por título causa anterior ao casamento (art. 272).

g)

As obrigações anteriores ao casamento, quaisquer que sejam (art. 270, 1). As dívidas provindas de despesas com os aprestos do casamento, sob o direito anterior, embora no regime da comunhão universal se comunicassem, no regime da comunhão parcial eram incomunicáveis, uma vez que eram obrigações anteriores ao casamento. Feitas pelo marido *depois da celebração,* obrigavam, não só os bens comuns, senão ainda, em falta desses, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito, que cada qual houvesse lucrado (art. 274); *aLter,* no direito atual, uma vez que a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª VIIII, estatuiu excluirem-se da comunhão parcial os bens excluídos da comunhão universal, dos quais expressamente se pré-excluem as dividas anteriores ao casamento provindas de despesas com os preparativos para o matrimônio (art. 263, VIII). 14 As obrigações provenientes de atos ilícitos, quaisquer que sejam (art.

270, III). E o que resulta de algumas regras do Código Civil. Diz o art. 269: “No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão: 1 - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou por sucessão. 11 - Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares. IIII - Os rendimentos de bens de filhos anteriores ao matrimônio, a que tenha direito qualquer dos cônjuges em consequência do pátrio poder. IV - Os demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal.” E acrescenta o art. 270: „Igualmente não se comunicam: 1 - As obrigações anteriores ao casamento. III - As provenientes de atos ilícitos.“ O art. 269 não é exaustivo.

2.

Cisão no tempo. A comunhão parcial cinde os bens conforme o tempo: o que pertencia ao cônjuge, por ocasião do casamento, dele continua de ser; igualmente, o que se sub-rogar a tais bens. Porém parte do que pertence ao segundo período também fica imune à comunicação: os bens que sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, ao cônjuge, por doação, ou sucessão. Outrossim, os que se sub-rogarem a esses. Quanto às obrigações, no direito anterior todas as dívidas precedentes ao casamento eram incomunicáveis, ainda que destinadas a aprestos conjugais. Diferença sensível entre o art. 270, 1, e o art. 263, VIII, relativo à comunhão d

universal de bens que a Lei ~ 4.121, art. 1ª, VIIII, apagou.

3.

Atos *ilícitos,* As dividas provenientes de atos ilícitos são incomunicáveis. Cobram-se sobre os bens particulares, mas, não bastando esses, a metade dos bens comuns pode ser atingida pela execução, deduzindo-se, quando dissolvida a sociedade conjugal, da meação do cônjuge devedor. Vale aqui o mesmo raciocínio, que desenvolvemos a propósito de tais obrigações, no regime da comunhão universal (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de junho de 1943, *RT* 146/209: "Cumpre ao cônjuge, que pretende valer-se do disIIIbsto no art. 270,11, do Código Civil, fazer a seguinte prova: a) que a obrigação em causa é oriunda de ato ilícito do outro cônjuge; *b)* que os bens sobre que recai a execução pertencem à comunhão do casal; e *c)* que a reclamante não participou das vantagens desses atos.").

4.

Frutos do trabalho da mulher. Os frutos do trabalho da mulher deviam ser incomunicáveis (R.

Schrõder, *Das eheliche Gúterrecht,* 17), e por ela administrados, — medida de política social de que os legisladores brasileiros tinham notícias e não aproveitaram, em 1916. Eram, contra isso, comunicáveis (art.

271, VI).

§ 906. Bens que se comunicam

1.

Código Civil, art. 271. Estatui o art. 271: "Entram na comunhão: 1 - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. III - Os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior. IIII - Os adquiridos por doaÇão, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, nº 1). IV - As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge. V - Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tenpo de cessar a comunhão dos adquiridos. VI - Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge ou de ambos."

2.

Aquisições a título oneroso. O art. 271,1, fala de adquiridos na constância do casamento (aliás, na constância da Sociedade conjugal), por titulo oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, redação má, porque, se tais bens, adquiridos por titulo oneroso, na constância da sociedade conjugal, o tiverem sido con-i valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, se sub-togam aos bens particulares e, pois, não entram na comunhão. O art. 271, 1, tem de ser interpretado de modo a não ferir o art. 26ªJ, III.

3.

Aquisições por *fato eventual.* Os adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior, são comunicáveis. o caso do bem que resulta de acessnº (formação de ilha, aluvião, avulsão, abandono de álveo, construção de obras, ou plantações)? ou somente de usucapião, de ocupação (caça, pesca, invenção, tesouro), ou de especificação? Os escritores brasileiros concluíram, muito apressadamente, que o servi adquirido por aluvião é comunicável. Não podemos incluir qualquer acessão como aquisição por fato eventual, no sentido do art. 271, III. Se o bem é particular, a acessão também não é. Tudo se passa no plano objetivo. Para que os frutos (note-se bem: os frutos) fossem comunicáveis, precisou de texto especial o

Código Civil. Por isso, disse o art. 271, V, que se comunicam “os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos”. Também quanto às benfeitorias, dispôs o art. 271,1V, que não entram na comunhão “as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge”. Nem toda acessão há de ser benfeitoria (art. 64: “Não se consideram benfeitorias os melhoramentos sobre” vindos à coisa sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor.”). Assim, tudo que é acessão, sem ser benfeitoria e sem ser fruto, adere ao bem e, sendo tal bem particular, particular permanece. E é justo. Se é certo que as ilhas pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, conforme as regras do art. 23, § 2ª, do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, também écerto que tal formação pode ser com prejuízo de terreno ribeirinho fronteiro, e não seria de admitir-se que o proprietário do bem particular perdesse, e fosse comunicável o que lucrou. Em caso de aluvião, tal como se regula nos arts. 16-18 do Decreto nº 24.643 e no art. 539 do Código Civil, tudo se passa objetivamente, com possível prejuízo para o proprietário do terreno acrescido. Em se tratando de avulsão, se a coisa não é suscetível de aderência natural, segundo o art. 21 do Decreto nº 24.643, seria possivel pensar-se na comunhão.

Não, porém, nos outros casos. O álveo abandonado pertence ao proprietário ribeirinho, ou aos proprietários das duas margens (art. 26), de modo que, dada a acessão, a verificação do acréscimo para estabelecimento da comunhão seria de todo impertinente. Quanto à construção ou plantação, é que épreciso entrar-se na d

indagação do tempo em que se construiu ou plantou. Aqui, todo cuidado é pouco, porquanto, firmada a comunhão, teria o outro cônjuge ae responder, eventualmente, pela indenização, quando coubesse.

4.

Usucapião, ocupação etc. Quanto às coisas usucapidas ou ocupadas, certo são comunicáveis (adianta nº 9). No caso de especificação, a comunicação acarreta responsabilidades. Se o cônjuge entende comunicável a espécie nova, não se exime à indenização que caiba (arts. 611-614). Quanto à confusão, à comistão e à adjudicação, a matéria é delicada e mais se há de pensar em sub-rogação que em aquisição de propriedade, por fato eventual.

5.

Jogo e loteria. Os ganhos de jogos e de loteria entram na comunhão, salvo se explicitamente oriundos de aplicação de bens particulares, como se foi deixado ao cônjuge bilhete de loteria, ou, possuindo pequena quantia como bem particular, resolveu aplicála em bilhete de loteria.

6.

Seguro, indenização. Também são incomunicáveis, a despeito dos termos gerais do art. 271, III, os prêmios de seguro e as indenizações recebidas, porque se destinam a reparação de danos, ainda que se trate de seguro pagável a certa idade. Procuram alguns juristas distinguir o caso das prestações pagas com dinheiros comuns e o caso das prestações pagas com dinheiros particulares, estabelecendo que, na primeira hipótese, o casal pode reaver o que se pagou com os bens comuns e a parte correspondente na indenização. Sem razão.

Que o casal, ou o outro cônjuge, por metade, pode pedir restituição das prestações pagas com os dinheiros comuns, está certo. Não assim quanto à parte correspondente da indenização recebida.

7.

Código *Civil, art. 271, IIII.* O art. 271, IIII, diz que entram na comunhão "os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cõnjuges". Observe-se, desde logo, que aí também cabe o bem adquirido em virtude de modus. Aliás, é escusada a regra do art. 271, IIII, porquanto tais bens não são comunicáveis: tais bens são de um e de outro cônjuge, não em virtude de direito de família, mas em virtude de direito das obrigações ou de direito das sucessões. De mais, se a doação, a herança, ou o legado, ou o modus, não é em favor dos cônjuges, por partes iguais, nenhuma incidência se pode pretender ao art. 271, IIII. Nele somente se prevê a doação, a herança, ou o legado, ou o modus, por partes iguais, a ambos os cônjuges. Se a parte de cada um não foi declarada, entende-se que a doação, a herança, o legado, ou o *modus,* foi feito por partes iguais. Só assim é de ambos os cônjuges e se reputa bem comum, no plano do direito de familia, que é o que resulta do art. 271, IIII.

8.

Contradição entre os arts. *271, VI, 274 e 246.* ~Existe contradição entre o art. 271, VI, o art. 274 e o art. 246ª Nesse foi dito poder a mulher, que exerce profissão lucrativa, distinta da do marido, dispor livremente do produto de seu trabalho assim auferido, como ainda dos bens com ele adquiridos, que constituem bens reservados, salvo "estipulação diversa em pacto antenupcial". Para exercício de profissão, era necessário no direito anterior o assentimento; devia-se entender, portanto, que dado o assentimento, ficava a mulher habilitada a dispor dos frutos de seu trabalho, ou indústria. Só assim se podiam interpretar os dois dispositivos legais. Os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, são comuns, mas a mulher, de cujo trabalho provinham, com assentimento explícito ou implícito, expresso ou tácito, ou dispensado, podia então deles dispor. No direito atual, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 1ª, VJI e VIIII, pré-excluiu da comunhão "os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos"(Código Civil, arts. 263, XIIII, e 269, IV). Como observamos, é medida de política social ter-se por incomunicável o fruto civil do trabalho da mulher. Essa incomunicabilidade, que há ser observada (R.

Schrãde~ *Das eheliche Gúterrecht,* 17.), na medida que simetricamente se estende aos frutos civis do trabalho ou indústria do marido, subsume-se na regra jurídica da Constituição de 1988, art. 226, § 5.

9.

Causa anterior ao casa r,çento. Diz o art. 272: "São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. A investigação da causa, temporalmente, leva a questões de certa sutileza. Não caberia dizer-se, com a simplicidade com que procedeu Lafaiete Rodrigues Pereira, que os bens havidos por título oneroso ou gratuito, mas sob condição suspensiva que só se verificou na constância da socied~de conjugal, são aqflestos conjugais, cuja aquisição tem por titulo causa (?) anterior ao casamento. O

art. 118 diz que, "subordinando-se a eficácia do ato àcondição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa." E o art. 119, que "se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que

ela se opõe." Nos casos em que regras jurídicas do Código Civil têm de ser atendidas, claro é que se não comunicam os d

bens. Não assim quando a estrutura do negócio juridico não permite a incidência de uma das duas regras.

Lafaiete Rodrigues Pereira deu exemplos que não aclaram. Primeiro falou dos bens havidos sob condição suspensiva que só se verificou na constância da sociedade conjugal. E citou Manuel de Almeida e Sousa, que por sua vez refere (.1. Voet e Diogo Guerreiro. Mas nem um nem outro diz isso, nem o próprio Almeida e Sousa, aludiu a promessas de venda e compra. Erradissimo. Sendo a causa anterior, nenhuma importância tem a condição, nem o termo. Se há direito *herdável,* antes do casamento, a causa é anterior ao casamento e, pois, incomunicável o bem. O segundo exemplo foi o dos bens vendidos antes do casamento, por um dos cônjuges, sob condição resolutiva, que somente veio a realizar-se na constância da sociedade conjugal. Certo. O escritor citado, agora, é J. Voet, sob o nº 45, que trata de outra matéria. Os bens reivindicados por ação anteriormente iniciada cabem no art. 272. Também os bens reivindicados, ainda que por ação posteriormente iniciada, se perdidos ou não os poderes sobre eles antes do matrimônio. Aí, errou Lafaiete Rodrigues Pereira, considerando causa a ação de reivindicação, quando, em verdade, a causa está no domínio. E com ele erraram os comentadores do Código Civil, art. 272, repetindo-o sem meditação. O quarto exemplo foi o dos bens de que se adquiriu, por consolidação, na constância da sociedade conjugal, o dominio direto, e dos quais se tinha, antes, o domínio útil. Fonte: LI. Voei, nº 38. Está certo, porque se trata de accessio, diziam os doutores, como LI. Voet, Laguna e Diogo Guerreiro. E o mesmo ocorre com o usufruto, se há consolidação da propriedade. A *causa* é anterior. Se já havia direito, ainda expectativo ou formativo, o art. 272 incide.

Todas as consequências de ações que *nasceram* antes do casamento, são pedinentes aos bens incomunicáveis.

O que decide é o momento em que nasceu a ação. Mas, se a ação nasceu depois, e a causa foi anterior, incomunicáveis são as consequências. O já ter nascido a ação é condição suficiente, se bem que não seja necessária. O Código Civil está certo; não no estão os seus comentadores.

Outro critério para se saber se ê incomunicável o bem (corpóreo ou

incorpóreo) é verificar-se se, tendo morrido antes do casamento o cônjuge, seria *herdável.* Se positiva a resposta, é anterior acausa .Mas advirta-se que, não sendo coextensivos direito e herdabilidade, o ser herdável também é condição suficiente, e não necessária. O que é de lamentar-se é que os comentadores do herdzo Civil reproduzam as palavras de Lafaiete Rodrigues Pereira, sem qualquer critica do seu conteúdo. Guerreiro, LI. Garcia e Gabriel Código de Castro cogitaram da usucapião, mas cabe, aí, indagar-se sem usa, que não é só o tempo. Se havia justo título, a causa Pereiua é essa (aris. 551, 618) e o bem é incomunicável. Aliás, havia ação contra o possuidor que talvez já prescreveu (art. 177).

10. Descrição dos bens *móveis.* Diz o art. 273: "No regime da nháo parcial, presume-se adquiridos na constância do casaos móveis, quando não se provar com documento autênticado que o foram em data anterior." Bens móveis cuja aquisição mete deu comprovadamente, por documento idôneo, em data ticqor ao casamento têm-se por bens comuns. Tal é a regra do art 273 bens móveis herdados antes do casamento, se a partilha não não se fez antes, são incomunicáveis, a despeito de se artiaver produzido a proxima pré-

constituída, porque se considera imóvel o direito à sucessão aberta (art. 44, IIII). Não se admitia não prova que não fosse a do pacto antenupcial ou de escritura publica anterior ao casamento; hoje, o art. 273 refere-se com atitude conceptual a "documento autêntico", sem limitá-lo às espécies do direito anterior. Não se trata de presunção. Os móveis, a que se refere o art. 273» são *comuns;* não só se presumem . A cláusula do pacto antenupcial que manda presumiir partiicular o móvel adquirido antes é válida; porquanto, se não Presunção no art. 273, não é ele, tampouco, de direito cogente.

907. Dívidas dos cônjuges contraídas antes e durante a sociedade conjugal *1.Pagamento delas.* As dívidas anteriores ao casamento, por isso e não comunicam, não podem ser cobradas pelos bens do casal. Os bens que o cônjuge possuía são eles se pagam tais dívidas.

2.

Dívidas contraídas depois de celebrado o *casamento.* As dívidas contraídas depois de celebrado o casamento e na constância da

sociedade conjugal obrigam os bens do casal, ou, em falta desses, os particulares de um e de outro cônjuge, na razão do proveito que cada um haja lucrado (Código Civil, art. 274, in Jine): 1 - Quando as fizer o marido (art. 274). III - Quando feitas pela mulher, nos casos seguintes: *a)* se provier de ato assentido pelo marido, por ser legalmente necessário o assentimento e não tiver sido revogado em tempo (arts. 275, 242-244). *b)* Se provier de ato em que a mulher se presume com o assentimento do marido: compra, ainda a crédito, coisas necessárias à economia doméstica; empréstimo de quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir; obrigações concernentes à indústria, ou profissão, que exercer, outrora —

não mais hoje — com assentimento do marido (arts. 275 e 247). Antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de d

1962, art. 1ª, III e IV, quando a mulher exercia profissão ou indústria por ter o juiz suprido o assentimento marital, a dívida não obrigava os bens próprios desse (art. 247, parágrafo único, combinado com o art. 275, a que se fizera remissão). c) Se advierem de atos que a mulher possa praticar sem assentimento do marido (art.

275).

Segundo o art. 274, "a administração dos bens do casal compete ao marido, e as dívidas por ele contraídas obrigam, não só os bens comuns, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado." E acrescenta o art. 275: "É aplicável a disposição do artigo antecedente às dividas contraídas pela mulher, nos casos em que os seus atos são autorizados pelo marido, se presumem sê-lo, ou escusam autorização (arts. 242 a 244, 247, 248 e 233, nº IV)." 3.

Hipoteca legal. À mulher casada, no regime da comunhão parcial, confere a lei hipoteca legal sobre os imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital (art. 827, 1). *Descrição dos* bens móveis. Diz o art. 273: "No regime da comunhão parcial, presume-se adquiridos na constância do casamento os móveis, quando não se provar com documento autêntico, que o foram em data anterior." Bens móveis cuja aquisição não se deu comprovadamente, por documento idôneo, em data anterior ao casamento têm-se por bens comuns. Tal é a regra do art. 273. Bens móveis herdados antes do casamento, se a partilha também não se fez antes, são incomunicáveis, a despeito de se não haver produzido a prova pré-constituída, porque se considera imóvel o

direito à sucessão aterta (art. 44, 111). Não se admitia outra prova que não fosse a do pacto antenupcial ou de escritura pública, anterior ao casamento; hoje, o art. 273 refere-se com amplitude conceptual a "documento autêntico", sem limitá-lo às duas espécies do direito anterior Não se trata de presunção. Os móveis, a que se refere o art. 273, sãp *comuns;* não só se *presumem.* A cláusula do pacto antenupcial que manda presumir-se particular o móvel adquirido antes é válida; porquanto, se não há presunção no art. 273, não é ele, tampouco, de direito cogente.

§ 907. Dívidas dos cônjuges contraídas antes e durante a sociedade conjugal 1. *Pagamento delas.* As dívidas anteriores ao casamento, por isso que se não comunicam, não podem ser cobradas pelos bens do casal. Os bens que o cônjuge possuia são incomunicáveis e por eles se pagam tais dividas.

2.

Dívidas contraídas depois de celebrado o *casamento.* As dívidas contraidas depois de celebrado o casamento e na constância da sociedade conjugal obrigam os bens do casal, ou, em falta desses, os particulares de um e de outro cônjuge, na razão do proveito que cada um haja lucrado (Código Civil, art. 274, in *fine):* 1 - Quando as fizer o marido (art. 274). III - Quando feitas pela mulher, nos casos seguintes: *a)* se provier de ato assentido pelo marido, por ser legalmente necessário o assentimento e não tiver sido revogado em tempo (arts. 275, 242-244). *b)* Se provier de ato em que a mulher se presume com o assentimento do marido:

compra, ainda a crédito, coisas necessárias à economia doméstica; empréstimo de quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir; obrigações concernentes à indústria, ou profissão, que exercer, outrora — não mais hoje — com assentimento do marido (arts. 275 e 247). Antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 12, III e IV, quando a mulher exercia profissão ou indústria por ter o juiz suprido o assentimento marital, a dívida não obrigava os bens próprios desse (art. 247, parágrafo único, combinado com o art. 275, a que se fizera remissão). *c)* Se advierem de atos que a mulher possa praticar sem assentimento do marido (art. 275).

Segundo o art. 274, "a administração dos bens do casal compete ao

marido, e as dividas por ele contraídas obrigam, não só os bens comuns, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado." E acrescenta o art. 275: "É aplicável a disposição do artigo antecedente às dividas contraidas pela mulher, nos casos em que os seus atos são autorizados pelo marido, se presumem sê-lo, ou escusam autorização (arts. 242 a 244, 247, 248 e 233, nº IV)."

3. *Hipoteca legal.* A mulher casada, no regime da comunhão parcial, confere a lei hipoteca legal sobre os imóveis do marido para garantia do dote e dos outros bens particulares dela, sujeitos à administração marital (art. 827, 1).

d

4. *Código Civil, art. 275.* No caso de dívida contraida pela mulher, prevista no art. 275, respondem os bens comuns; depois de executados, se não bastarem, os bens da mulher, ou, na razão do proveito tirado pelo marido, os bens desse. Seria errado dizer-se, tratando-se de dívida prevista no art. 275, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo (25 de agosto de 1922, *RF* 40/109), seguido por LI. M. de Carvalho Santos *(Código Civil Brasileiro Interpretado,* V/106), que a responsabilidade do marido só se torna efetiva se tirou proveito do empréstimo levantado pela mulher, depois de executados os bens dessa e provado que são insuficientes para satisfação do débito. Isso só *se daria* se a dívida, contraída pela mulher, não coubesse no art. 275, porque então responderiam os bens particulares dela, a despeito da anulação, pela importãncia da vantagem, que do ato anulado lhe haja advindo, a ela, ao marido, ou ao casal (art. 255); se não tivesse bens particulares que bastassem, o dano aos terceiros de boa-fé se comporia pelos bens comuns, na razão do proveito que lucrasse o casal (art. 255, parágrafo unico).

5.

Suprimento judicial do asseftlimento marital. Se a dívida, que a mulher contraiu, precisava de assentimento do marido e, não no obtendo, usou de suprimento judicial, vale a dívida, não cabendo qualquer referência ao art. 255, ou ao seu parágrafo único. Uma vez que foram contra a vontade do marido, têm de ser pagas pelos bens particulares

da mulher, ou pelos bens~ comuns, se os há e precipuamente, de modo que primeiro se executam os comuns. Os bens do marido não ficam obrigados (art. 245, parágrafo único).

§ 908. Começo e termo de comunhão parcial

1. *Quando começa.* A comunhão parcial principia no dia em que se celebra o casamento, aliás no *instante* mesmo em que se declaram casados os nubentes, o que se institui na escritura ante-nupcial pela declaração de que os contraentes adotam o regime de comunhão restrita ou parcial, ou quando não há convenção, ou quando a convenção é nula (Código Civil, art. 258, pr).

No contrato antenupcial, ou noutra escritura pública anterior ao casamento, devem os noivos fazer especificadamente a descrição dos bens móveis, que cada um leva para o casal, ou em outro documento autêntico devem comprovar a aquisição desses bens em data anterior ao casamento, sob pena de se considerarem como adquiridos na constância da sociedade conjugal (art. 273). O fim da lei foi criar presunção a respeito dos móveis, atendendo àdificuldade de se provar a data em que foram adquiridos. Quanto aos bens imóveis, provada a anterioridade da aquisição, firmada fica a sua incomunicabilidade, pois que os bens anteriores não se comunicam (Código Civil, art. 269, 1, V parte).

2.

Alterações ao regime, em pactos. Como todos os regimes, o da comunhão limitada pode ser alterado, estipulando os nubentes, no pacto antenupcial, o que lhes aprouver quanto aos seus bens (art. 256). Pergunta-se: apodem os cônjuges declarar incomunicáveis certos adquiridos? Não temos dúvida em afirmar Não seria mais do que estipular acerca dos seus bens, o que é sempre possível. Deve-se considerar proibida a convenção, ou cláusula, pela qual um dos cônjuges renuncie em favor do outro aos adquiridos. Esse pacto elidiria a regra legal que fixa o máximo às doações.

Feita a escritura antenupcial, válida ou nulamente, ou não feita, o

regime da comunhão parcial ou restrita é irrevogável desde a data do casamento.

3. *Terminação.* Termina a comunhão: 1 - Pela morte de um dos cônjuges. III - Pela sentença que anula o casamento, se havia comunhão, segundo os princípios antes estudados. IIII - Pela separação judicial (arts. 2ª

parágrafo úncio, e 39, *pr.,* da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977). IV - Pelo Divórcio. Dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, procede-se àpartilha dos bens do casal, em que os herdeiros do cônjuge se substítuem ao premorto, obedecendo-se às regras de direito sucessório *(actio familiae esciscundae),* que no Capitulo anterior inserimos.

A comunhão parcial é comunhão, no sentido do art. 990,

1, do Código de Processo Civil; de modo que há direito o cônjuge Regime da Separação de Bens sobrevivo a continuar até à partilha na posse da herança, com o encargo de cabeça de casal, se estava convivendo com o outro ao tempo de sua morte. O Código de Processo Civil, no art. 990, 1, d

§ 909. Natureza e causa da separação de bens não falou de comunhão universal, mas de regime da comunhão, e o regime da comunhão parcial também o é.

1..

Regime da separação; administração dos bens. Regime da separação é o em que os patrimônios dos cônjuges permanecem incomunicáveis, de ordinário sob a administração exclusiva de cada cônjuge, que só precisa de outorga do outro cônjuge para a alienação dos bens de raiz. Não se comunicam, frequentemente, as dívidas contraídas antes ou depois do matrimônio. Por elas éresponsável o cônjuge que as trouxe ou que as contraiu. Trata-se de alteração radical. No direito anterior, a administração dos bens, ainda no regime da separação, competia ao marido, e isso desde os primitivos tempos do direito lusitano (Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de Donationibus,* 1, 118 5.; B. Egídio, Com *mentaria in L. ex hoc iure,* 1, parte III, c. 7, nº 25).

O Código Civil adotou medida mais simples e mais consentânea com o intuito de existência econômica independente que é a característica do regime de separação, e assim temos a mulher e o marido a administrarem, livres um do outro, os bens móveis ou imóveis que lhes pertencem (art. 276).

2.

Fontes do regime, lei e vontade. Tal regime pode nascer *ex potestate legis,* quando a lei civil o torna obrigatório em certos casos especiais, com o fim de melhor resguardar os direitos e bens do incapaz, dos filhos de um dos cônjuges, ou de nubentes que não possam mais ter, com real vantagem, os proveitos econômicos da comunhão. Os casos especiais em que o Código Civil faz legal e obrigatório o regime da separação de bens são os seguintes: *a)* casamento realizado com infração de impedimentos dirimentes relativos do art. 183, XI e XIII, e de todos os impedientes (arts. 216 e 183, XIIII-XVI); *b)* casamento de homem maior de sessenta anos ou de mulher maior de cinquenta; *c)* casamento de órfão de pai e mãe, sujeito a tutela ou curatela, ainda que se case com o assentimento do tutor ou curador.

3. *Pactos antenupciais.* O regime de separação também pode ser instituído nos pactos antenupciais. Tal pacto ou é explícito ou nao. *Explícito,* quando as partes declararem que se vão casar por separação de bens, ou com a cláusula equivalente de serem incomunicáveis os seus bens; *implícito,* quando resulta de cláusulas, não diretamente extintivas, mas virtualmente incompativeis com a comunhão, de que pode servir de exemplo a cláusula de serem administrados os bens pelo cônjuge que os trouxe e possui. Pelo fato de haver separação de bens não se tornam permitidos os atos que o Código proibe ao marido ou à mulher, ou cuja vedação resulte da suposição da comunhão de bens, como o contrair obrigações que possam importar alheação dos bens do casal.

Nada obsta a que os cônjuges adquiram em comum algum bem que, sem esse acidente da comunhão, seria, segundo o regime matrimonial de bens, *separado* (ou do marido só, ou só da mulher). Daí a necessidade de se prestar atenção ao que éregido pelas regras do regime matrimonial de bens (direito de familia) e ao que é regido pelas reg{as da comunhão vulgar ~direito das coisas, às vezes também das obrigações). Se ambos os cônjuges figuram como compradores, a despeito de ser de separação o regime matrimonial de

bens, o bem é comum (cf. 3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 22 de agosto de 1929, *JC* de 3 de junho de 1930). Somente a anulação da escritura pública, com o rito e os pressupostos necessários, pode concluir pela aquisição por um só dos cônjuges. Por outro lado, a aquisição em comum e a própria comunhão universal contratual ou a sociedade, posterior ao casamento, regidas pelo direito das obrigações, não violam o princípio da irrevogabilidade do regime matrimonial de bens.

§ 910. Espécies de separação de bens

1. *Direito anterior.* No direito anterior, dois eram os tipos principais de separação de bens: 1 - A separação pura, que resultava de acordo dos cônjuges, e consistia na segregação completa dos bens, de cada cônjuge, quer anteriores, quer posteriores ao casamento. A separação pura era, na vigência do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 89, o regime dos cônjuges separados judicialmente e que se reconciliavam. III - A separação restrita, ou simples, que consistia na incomunicabilidade de todos os direitos e obrigações que a cada um dos cônjuges pertencia ao tempo do casamento, comunicando-se os frutos e rendimentos deles provenientes, e os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.

O Código Civil também admite esses dois tipos principais de separação. O Projeto primitivo estatula, como tipo principal, a separação pura. O Projeto adotado pela Comissão Especial da Câmara (art. 267) inseriu a seguinte regra, que fazia ser o ordinário, não o regime da separação pura, como quisera Clovís Bevilacqua, mas o da separação simples ou restrita: “Se o regime não for o da comunhão, no silêncio do contrato prevalecerão os princípios dessa quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. No Senado Federal, Rui Barbosa corrigiu a forma e a sua redação é a do atual art. 259 do Código Civil: “Embora d

o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os principios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (?9.

2. *Separação simples.* Na separação simples, ou limitada, que éregime

misto, são incomunicáveis todos os bens trazidos pelos cônjuges e comunicáveis os adquiridos, salvo se houve cláusula expressa em contrário:

“omnia bona efficientur communia, exceptis is de quibus specialiter disponitur per contrahentes (Antônio da Gama, *Decisiones,* 314; Álvaro Valasco, *Opera Omnia,* III, 3). Disse a 4) Cãmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 4 de julho de 1950 *(OD* 71/319): “A separação parcial de bens deve ser interpretada restritivamente e em conformidade com o teor do instrumento que a institui, e se nele não são incluídos os aqúestos, ipso *Jacto* passam eles à comunhão.

Devemos pôr, agora, problema concreto: ~Pode o casado na situação de alguma das regras do art. 258, parágrafo único, I-IIII (arts. 183, XI-XVI, 394 e 395), estabelecer comunhão de direito das coisas ou de direito das obrigações entre ele e seu cônjuge? Tal comunhão pode ser tácita? Por força do regime, há a completa separaçao (arts. 276 e 277); mas *sobrevém* a comunicação nego *dai.* Quando os reinantes germânicos entenderam, na península hispânica, assentar a separação de bens, é de interpretar-se que os costumes reagiram, tanto mais quanto, aqui e ali, exsurgia o problema dos cônjuges que laboraram juntos, levantando-se dúvidas quando um dos cônjuges falecia Qo que se adquiriu foi produto do trabalho de um só, ou de ambos?

~o que se adquiriu foi para os dois ou para um só?). Esse problema dos séculos V a VIIII é o mesmo que hoje se levanta quando se indaga se são comuns os bens que se adquiriram durante o casamento, havendo comunhão de fato, fora do direito de família.

„1

O regime somente é o da separação dos bens trazidos e dos aqtiestos quando se diz expressamente isso, *e.g.,* quando se emprega o adjetivo “absoluta” proposto a “separação de bens”. Fora dai, incide o art. 259. O art.

259 não incide se o regime da separação é o obrigatório. Então os bens são adquiridos pelos cônjuges separadamente e há dois patrimônios sem ligação; mas isso não obsta a que negocialmente, após o casamento, o marido doe à mulher, ou a mulher ao marido, nem a que se façam sócios ou comuneiros.

3. *Outros tipos.* Há ainda outros tipos de separação incompleta, ou restrita. Por exemplo: os que resultam de cláusulas do pacto antenupcial que estabeleceram um dos princípios seguintes: *a)* que só alguns frutos e alguns rendimentos sejam incomunicáveis; *h)* que se não comuniquem igualmente os bens adquiridos durante a sociedade conjugal; *c)* que se comuniquem os frutos e rendimentos de determinados bens, ou partes dos frutos e rendimentos de todos.

4. *Separação pura.* Quando os cônjuges estipulam a incomunicabilidade dos bens presentes e futuros, bem como a dos frutos e rendimentos, entende-se que adotam o regime da separação pura ou completa. Esse regime é o que se torna obrigatório para todas as pessoas a quem o Código Civil impõe o regime da separação (art. 258, parágrafo único, 1-1V).

5. *Frutos e rendimentos.* Se se estipula a separação (absoluta) de bens, os frutos e rendimentos dos bens incomunicáveis são incomunicáveis. (Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de abril de 1915 e 10 de julho de 1921, RT 13/188; e 39/35; antes tinha dito que, sendo simples a separação, os frutos dos bens incomunicáveis seriam comuns, 23 de outubro de 1914, *SPCJ* 36/ 216, pois sob o Código Civil, tendo-se dito que os bens levados são incomunicáveis, ainda que outro seja o regime, os aqflestos se submetem ao art. 259, se nada se disse sobre eles. Claro: *se* nada se disse. A questão é de interpretação do pacto antenupcíal.) 6.

Cláusula da administração pelo marido. A cláusula que confere ao marido a administração dos bens do casal (art. 260, III) nenhuma repercussão tem quanto ao regime (Corte de Apelação, plena, do Distrito Federal, 25 de julho de 1934; 6ª Câmara, 13 de outubro de 1933).

7. *Código Civil, art. 276.* O Código Civil, no art. 276, diz que, "quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis". Temos, pois, que isso se dá qualquer que seja o regime de separação, *absoluta* ou *limitada,* salvo cláusula contrária do pacto antenupcial.

d

§ 911. Como se pactua o regime da separação

1.

Separação de alguns bens e regime. Uma coisa é pactuar-se a separação (incomunicabilidade) de alguns bens; outra, pactuar-se o *regime* da separação. Se no pacto antenupcial foi dito que o regime é o da separação, pergunta-se: *a)* ~o art. 259 faz entender-se que só se impôs separação aos que têm os cônjuges e não aos aqúestos; *b)* ou, escolhido o regime, a *disposição* do art. 259 não tem cabimento, uma vez que, sendo regra dispositivo, a vontade dos nubentes foi expressa? A questão resume-se em se saber se bastaria a referência ao regime da separação, sem mais caracterizações. Não basta, responderam os antigos Tribunal da Relação de Minas Gerais (4 de maio de 1907, 9 de setembro de 1908, *RF* 10/468) e Tribunal de Justiça de São Paulo (14 de dezembro de 1917, *RT* 24/324 s.), bem como a antiga Corte de Apelação do Distrito Federal (Câmaras Reunidas e 2ªCâmara, 4 de agosto de 1921, 10 de dezembro de 1920, *RSTF* 50/171).

2.

Solução da questão da escolha do regime. A solução não foi certa. Quem diz adotar o regí?ne da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil não se reporta, *se bem que* o *permita.* Mas, dada a uniformidade da jurisprudência, os nubentes prestem toda a atenção às consequências do que escolhem: se não dizem “separação absoluta”, “separação de todos os bens, presentes e futujos”,

“completa separaçao , separação dos bens que levam e dos adquiridos” etc., só impõem, segundo a jurisprudência, separação aos bens que têm no momento de se casarem.

§ 912. Dívidas contraídas na constância da sociedade conjugal

1.

Incomunicabilidade dos bens, incomunicabilidade das dívidas. A incomunicabilidade dos bens traz como consequência serem incomunicáveis as dividas anteriores e as dívidas posteriores ao casamento, durante a constância da sociedade conjugal, exceto se contraidas pela mulher: 1) com a compra de coisas necessárias à economia doméstica, ou empréstimos para esse fim; III) com atos concernentes à indústria ou profissão que exercer, ainda sem assentimento do marido. E anomalia do Código Civil: mas os textos são tão claros que não se lhes pode dar outra interpretação. Tais obrigações são as que se baseiam no art. 247, e o Código Civil, no art. 254, diz: "Qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher pratica na conformidade do art. 247." Essa regra, cujo fundamento racional (aliás contrário ao intuito do regime) só pode ser o de obrigar o marido a fiscalizar os atos da mulher, veio do Projeto primitivo, art. 296, que tivera escrúpulo, entretanto, de inserir a divida por empréstimo para a compra de coisas necessarias à economia doméstica.

2. *Atos dos cônjuges.* Os bens de ambos os cônjuges obrigam-se pelos atos acima enumerados: os do marido, infixadamente; os da mulher, apenas quanto ao necessário para se perfazer a sua contribuição para a mantença do lar Os demais atos da mulher, ainda que assentídos pelo marido, só obrigam os bens particulares dela e os que a mulher praticar sem assentimento, sendo necessário são anuláveis. A anulação importa, todavia, ficar obrigado o devedor pela importância da vantagem, que adveio do ato anulado ao casal, a ambos os cônjuges, ou somente ao que o praticou. Se os bens particulares do cônjuge responsável não bastam, o dano aos terceiros de boa-fé só se compõe pelos bens *comunicados,* na razão do proveito que lucrou o casal (art. 255 e parágrafo único).

3.

Falta do assentimento uxório. Os atos do marido, praticados sem assentimento da mulher, só a seus bens particulares obrigam, sendo também aplicáveis a essa espécie, quanto ao dano aos terceiros de boa-fé, as regras jurídicas acima.

4. *Penhora.* No regime da separação de bens, cada cônjuge, e só ele,

responde pelas dividas que contraiu. Em consequência, é nula a penhora que recaia sobre os bens particulares do outro (2ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de outubro de 1929, RD 94/277). O Tribunal de Justiça de São Paulo (25 de agosto de 1922, *RT* 44/71) disse, certa vez, que responde por elas, também, o outro, se tirou proveito, se bem que tal responsabilidade só se torne efetiva depois de executados e de não bastarem os bens do cônjuge contraente da dívida. Erro lamentável. Isso só se daria se o regime fosse misto (arts. 259, 274); não, porém, se d

não há comunhão de aqtiestos. O art. 255 só se refere àanulação de atos; e qualquer invocação dele fora descabida (certo, o mesmo Tribunal, 15 de maio e 20 de outubro de 1914, *SRI* 35/129, e 36/235). Se se trata de obrigação de direito de família não-econômico, *e.g.,* dever de assistência (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de agosto de 1931, *RT* 82/150), ou econômico, ligado ao art. 277, então é preciso que preceda à cobrança decisão sobre a matéria; seria nula qualquer penhora antes disso, e intempestiva a cobrança que não cumule os dois pedidos. Tampouco, no regime da separação de bens, cabe qualquer discussão sobre responsabilidade do outro cônjuge pelas dividas resultantes de atos ilícitos (Supremo Tribunal Federal, 27 de julho de 1928, *RD*

91/532). As rendas dos bens particulares de um cônjuge ficam incólumes às cobranças nº dívidas do outro (Corte de Apelação, plena, do Distrito Federal, 25 de julho de 1934, confirmando o acórdão da 6ª Câmara, 13

de outubro de 1933, *Ai* 34/68-70). A ação por enriquecimento injustifícado pelo ato do outro cônjuge é de direito das obrigações.

§ 913. Contribuição para as despesas do casal

1. *Mantença da família.* Ao marido compete prover à mantença da família; mas a mulher, nesse regime, deve contribuir, para tais despesas, com os rendimentos dos seus bens, na proporção do valor deles relativamente aos bens do marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcíal (art. 277).

Desde que se toma como critério da contribuição a *proporcionalidade,*

pode acontecer que se exija à mulher mais do que ao marido *e,* se esse não tem recursos, nem pode trabalhar, que todas as despesas corram por conta da mulher.

2.

Pactos antenupciais. Em pacto antenupcial podem, por exempío, dispor os cônjuges: *a)* que as despesas do lar pertençam apenas ao marido; *b)* que ambos concorram conforme quotas determinadas de seus rendimentos; *c)* que só os rendimentos e frutos de certos bens concorram para tais despesas.

3.

Cláusulas. São proibidas, entre outras, as seguintes cláusulas: *a)* que as dívidas de ambos sejam

pagas apenas por um, ou que os bens adquiridos pelo casal só pertençam a um dos cônjuges; *b)* que a mulher renuncie ao direito de obter coisas necessárias àeconomia doméstica, revogando, assim, *ab* initio, o assentimento presumido que a lei lhe concede; *c)* que o marido não seja responsável pelas dívidas contraídas pela mulher em negócios de indústria, ou profissão, que ela exerça, sob o direito atual sem seu assentimento.

No pacto antenupcial pode prever-se o modo de se efetuar a contribuição da mulher. Se não ficou assente, deve consistir na entrega ao marido, que é o chefe da família. Se se recusa a mulher a cumpri-Ia, pode o marido reclamar, judicialmente, o que de direito deve ser ministrado pela mulher. Certamente, cabe ao marido o emprego da quantia, mas — se fica provado que ele não a aplica na mantença da família, como se gasta fora do lar o que da mulher recebe — apode ela pedir ao juiz que lhe dê autorização para empregar os rendimentos com que contribuiu? Ainda que haja outra opinião (Clovis Bevilacqua, Código *Civil Comentado,* III, 206), não seria justo manter-se a negativa. Se a mulher por si paga as dividas semanais, mensais, ou anuais, com o dinheiro com que devia concorrer para a mantença da família, e assim evita que o esbanje o marido, errada fora a lei se não reconhecesse o acerto de tal procedimento. Exposta a situação, que é positivamente de luta entre os interesses da *mulher* e os do *marido* (e, talvez melhor disséssemos,

da *família* e do *marido),* não há como negarse ao juiz a faculdade de intervir para dirimir a pendência. Dela não sai diminuído o marido se o juiz autoriza a mulher, por exempío, a pagar, com os rendimentos destinados à contribuição, o aluguel da casa de morada, o colégio dos filhos etc.

Requerer a interdição por prodigalidade é outro recurso, porém mais violento do que a intervenção em que aquiescemos. O direito tem por fito adaptar e corrigir defeitos de adaptação do homem â vida social. Falharia á sua função, se — para se agarrar a princípios rígidos — deixasse de resolver problemas, facilmente dirimíveis, de vida de família. De mais, o marido somente pode conservar-se chefe, com todos os poderes e regalias, se *serve* á família; se desserve, seria absurdo, no estado atual do direito, deixar-se que os lares se esbarrondem porque o legislador não *previu* a espécie. Ora, se tão relevante é o direito de chefiar a família, nem por isso se deixa de permitir mais acentuada intervenção do juiz, de que éexemplo a do art. 394 do Código Civil: "Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder" Notese bem: permite a lei que o juiz adote *"a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus* d

haveres", até a suspensão do pátrio poder Se o pai esbanja a contribuição da mulher falta aos "deveres paternos" e, assim, ainda firmado no art. 394, poderia o juiz adotar a medida que lhe pareça conveniente. *A fortiori,* se, para a espécie que nos ocupa, invocarmos princípios de interpretação das leis.

Os credores não têm ação para exigir da mulher que lhes pague o que vendera ao casal. Quem responde é o marido. Salvo: *a)*

se a mulher assumir, direta e pessoalmente, qualquer obrigação; *b)* se, marcada a contribuição e cabendo à mulher pagar diretamente as respectivas contas (pacto antenupciai, ou resolução do juiz), não no fez.

Prestação de contas pelo marido. em o marido de prestar contas quanto à contribuição a que se refere o art. 277? Não precisa disso; mas, provando a mulher que não a aplica aos fins previstos ("despesas do casal"), cabe-lhe ação para que o juiz destine a contribuição, ou parte dela, ao que pareça de primeira plana nas despesas do casal, ou a algumas delas, apontadas pela mulher e pelo marido, ou pelo próprio juiz, no interesse de ambos ou dos filhos. Além disso, a mulher, que não entrega a contribuição, pode, em reconvenção, dar prova do que ocorre, nas circunstâncias acima, pedindo a destinação a que nos referimos. Tal direito de reconvir tem todo aquele que é obrigado a pagar para deter minado fim. A comunhão traz obrigações aos dois comuneiros. Se bem que de separação o regime de bens, a contribuição junta-se ao que constitui renda do marido, fazendo-se *comum.* Tudo se passa, então, à semelhança dos contratos bilaterais, e nenhum dos comuneiros pode exigir o implemento da obrigação do outro sem ter cumprido, ou estar disposto a cumprir a sua (art. 1.092). Clovís Bevilacqua falou, aí, de pedido de interdição por prodigalidade; mas nem sempre, e só excepcionalmente, o desvio da contribuição perfaz tal figura. No Código Civil alemão, § 1.428, autoriza-se a *retenção,* se há a temer-se a dilapidação, ou desvio — aliás, em geral, perigo grave *(erhebliche Gefährdung)*

— no tocante àmantença. Não precisava estar em lei o princípio, nem se trata de direito de retenção (P.

Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 33), no sentido comum, que é o de retenção de coisa alheia.

§ 914. Responsabilidade do marido administrador

1.

Marido, depositário dos *bens da mulher que estiverem em seu poder.* No regime da separação, o marido é mero depositário dos bens particulares da mulher que se acharem em seu poder (art. 260, IIII). Se o pacto antenupcial lhe deu a administração dos bens particulares da mulher, dá-se o caso do art. 260, III, e responde como procurador. Ocorre o mesmo se a mulher lhe confere mandato, expresso ou tácito (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 20 de abril de 1926), fora do pacto antenupcial. Tem o marido, ali e aqui, posse imediata.

2. *Rendas.* O poder de administrar não contém o de fazer comuns as rendas, nem, tampouco, o de fazer comuns os bens, ainda imóveis. Tem de restituir as coisas fungiveis, no mesmo gênero, qualidade e quantidade (arts. 1.280, 1.256); e pode exigir da mulher as despesas e prejuízos, que lhe advieram com a administração, podendo reter os bens administrados até que os receba (arts. 1.278 e 1.279).

§ 915. Destino dos bens, dissolvida a sociedade conjugal

1.

Falecimento de um dos cônjuges. Se um dos cônjuges vem a falecer, continua o sobrevivente na posse de seus bens; e os pertencentes ao morto devem ser entregues aos herdeiros, para os quais passa desde logo a posse do autor da herança, com todos os seus efeitos. A respeito é de lembrar-se o que escreveu Alvaro Valasco *(Praxis Partitionum et Collation um,* 18): "... si matrimonium sit contractum extra generalem consuetudinem regni, et sic in forma iurís communis, ~er pactionem dotis restituendae soluto matrimonio, et cum promissione arrharum, ut solet fieri inter nobiles, quia tunc non datur manere in possessione bonorum et capite famíliae, nec dare partitionem de mano sua, nisi in illis bonis duntaxat quae debent inter coniuges esse communia, tanquam si essent coniugati per cartam, ut dícitur wedíetas".

2. *Bens que se haviam* comunicado. Os bens que se comunicaram em virtude de pacto antenupcial, ou de sua própria natureza, ficam em posse do cônjuge sobrevivo, quer se trate de frutos e rendimentos, quer de bens adquiridos, benfeitorias e o mais que for, até que se faça a partilha (Borges Carneiro, *Direito Civil de* d

Portugal, III, 124; Alvaro Valasco, *Praxis Partitionum et Coliationum,* 17: "... quando constante matrimonio facta sunt melioramenta, vulgo *bemfeitorias,* in illís bonis non communibus nam cum in íllis quasi lucratis constante matrímonio aliter coniux superstes debeat habere partem, manebit in possessione prae dictorum bonorum usque quo satisfiat de portione, quam in illis melioramentis debet habere, et si spolitur etiam a domino restituetur uxor). Em qualquer caso, podem os bens conservar-se em poder do cônjuge sobrevivo, até que se ultime

a partilha, se houve pacto de que o sobrevivente ficaria em posse e cabeça de casal (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 124: "Sem razão opina Arouca ser nulo o pacto em que o cônjuge viúvo fique em posse e cabeça de casal.").

3.

Separação judicial e anulação. Se a dissolução da sociedade conjugal provém de separação judicial ou de anulação, deve-se fazer a partilha do que se houver, por exceção, comunicado, salvo se os cônjuges acordarem divisão amigável, que o juiz terá de homologar (art. 49 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977). Os bens e dívidas que se não tiverem comunicado ficarão com o respectivo possuidor, sem interrupção.

Por isso mesmo que, no regime de separação, o marido responde como depositário (arts. 260, 111, 310) pelos bens da mulher, em cuja posse estiver, várias são as obrigações que lhe competem, das quais duas são principais: *a)* E obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que e seu, bem como restitui-la, com todos os frutos e acrescidos, quando Ibo exija a mulher. Se não na restituir, sendo exigida, será compelido a fazê-lo mediante prisão não-excedente de um ano, e a ressarcir os prejuízos (arts. 1.266 e 1.287). *b)* Quando se tratar de coisas fungíveis, deve restituir o que recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade; e, se consistirem em moedas de ouro e prata, a restituição há de efetuar-se nas mesmas espécies e quantidades, qualquer que seja a oscilação dos valores (arts. 1.280 e 1.256).

4.

Direitos do marido. Assiste-lhe, porém, como depositário, quando os bens particulares da mulher estão sob sua posse: *a)* o direito de reaver da mulher as despesas feitas com os ditos bens e os prejuízos que da posse provierem; E") o direito de reter os bens até que se lhe pague o valor líquido das despesas ou dos prejuízos.

Convém advertir-se em que o depósito, para os efeitos da responsabilidade do marido, é *legal,* o que vale dizer *ex lege,* de modo que a sua instituição é *ipso iure.* Quanto aos direitos, máxime o de retenção, que ao marido possam competir, o mesmo não acontece: a lei não lhe deu direitos de depositário, de modo que esses só lhe

advirão quando ele provar a outorga que por escrito lhe fez a mulher (art. 1.290).

§ 916. Noção de dote e de regime dotal

1. *Definição.* Dote é a porção de bens, que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido, para, com os frutos e rendimentos provenientes dele, sustentar os encargos do matrimônio, sob as cláusulas de incomunicabilidade e restituição de tais bens, ou do seu valor, quando se dissolver a sociedade conjugal. A definição de Meio Freire *(Institutiones,* III, 162) patenteava-se incompleta: "Dotem eam nos pecuniam dicimus, quae viro pro muliere expressa conventione datur ad ferenda onera matrimonio", mas o mesmo jurista a corrigiu, como veremos, a definir bens dotaís.

2. *Consequências.* Da noção mesma de dote resulta que possui ele três elementos essenciais: *a)* A incomunicabilidade dos bens que o constituem, e a que se dá a denominação de *bens dotais:* "Dotalia bona ea dicuntur, quae expresse in dotem sunt data, et a reliquis segregata speciali dotis nexui fuemnt supposita"

(MeIo Freire, *Institutiones,* III, 161); *b)* Serem os bens dotados administrados pelo marido com o fim de se empregarem os seus frutos e rendimentos como auxilio da mulher aos encargos do matrimônio: "ad ferenda onera matrimonio"; c) A cláusula de restituição, quer seja à mulher ou aos seus herdeiros, quer ao próprio dotador.

3. *Regime dota1.* Regime dotal é o em que os patrimônios de ambos os cónjuges se conservam sob o regime da separação ou da comunhão, salvo a porção trazida pela mulher que será administrada pelo marido a fim de concorrer com os seus frutos e rendimentos para o sustento da família.

4.

O Código Civil, arts. 278 e 279, Diz o art. 278 do Código Civil: "E da essência do regime dota!

descreverem-se e estimarem-se cada um de per si, na escritura

antenupcial (art. 256), os bens, que constituem d

o dote, com expressa declaração de que a este regime ficam sujeitos." (3ª Câmara do Tribuna! de Apelação do Distrito Federal, 9 de setembro de 1942, *RT* 141/121: "E nenhuma a constituição de dote se da escritura antenupcíal não consta a estimação dos bens sujeitos a esse regime. Não houve a estimaçao, nao há regime dota!; faltou um requisito, condição essencial. Bastaria essa consideração para a reforma da sentença .) Os dois artigos seguintes tratam, respectivamente, dos pressupostos *subjetivos* e dos pressupostos *objetivos* do dote. Enuncia o art. 279: "O dote pode ser constituído pela própria nubente, por qualquer dos seus ascendentes, ou por outrem." Acrescenta o parágrafo único: "Na celebração do contrato intervirão sempre, em pessoa, ou por procurador, todos os interessados." Regra, essa, um tanto ingênua, por supérflua, não sendo admissível que, em contrato de obrigações para todos os interessados, algum pudesse achar-se ausente. A!iás, se há doação *prévia (e.g.,* art. 1.166), com prazo determinável pela data do casamento como o de até quinze dias antes, ou a terminar no dia do casamento, é possível que a aceitação se dê até o *dies ad quem,* ou no dia marcado. Resta saber se cabe a aceitação presumida do art. 1.166, 2ªparte. Mas, aqui, intervém o art. 1.173, que resolve a questão quanto à doação: "A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entie si, quer por terceiro a um de!es, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar" E quanto ao dote? A ciência do prazo (art. 1.166) estabelece os elementos suficientes à presunção da aceitação, desde que se deu tal ciência dentro das regras de forma, como, por exemplo, intimação, presença a escritura etc. Claro que, não sendo no pacto antenupcial, há *dote,* porém não *regime dota 1.* A semelhança do que ocorre com o dote pós-nupcial (art. 282: "O dote constituído por estranhos durante o matrimônio não altera, quanto aos outros bens, o regime preestabelecido").

Estatui o art. 280: "O dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher." Parágrafo único: "Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote quando, adquiridos por titulo gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial." 5.

Expressa dotalização. Além de se descreverem e estimarem os bens, é

preciso que se declare, expressamente, que os bens ficam sujeitos ao regime dotal, ou são dados em dote. Não há formas solenes especiais. Mas advirta-se em que pode haver dote e adotar-se outro regime que o dotal para os outros bens dos cônjuges.

6.

Cogência dos preceitos. Também o regime dotal não é rígido e cogente, isto é, todo estruturado pela lei. Permanece a liberdade de alterá-lo. As regras dos arts. 278-311 são, em geral, *dispositivas* (Paul Speck, *Das gemeinrechtliche Dotalsystem,* 3). Claro que continuam cogentes as regras que o são para qualquer regime e aquelas que, *adotado pelos cônjuges* o *regime dotal,* não poderiam ser afastadas sem desrespeito ao art. 257, tal como foi interpretado.

§ 917. Quem pode constituir o dote

1.

Nubente, pais, estranhos. O dote pode ser constituído pela própria nubente, por qualquer dos seus ascendentes, ou por outrem (Código Civil, art. 279). Se o dote era feito pelo pai, ou outro ascendente paterno, mesmo a filho que teve suplementação da idade, ou maior, chamava-se *prol ectício.* Ulpiano (L. 5, *pr,* D., *de iure dotium,* 23, 3) dá a origem da palavra *profectic ia:* "Profecticia dos est quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius." Nos outros casos tinha a denominação de *adventício.* Hoje, *profectício* diz-se o que se origina do pai, mãe ou outro ascendente da mulher.

2.

Dote pela própria nubente. O dote constituído pela própria noiva só pode ser feito em pacto antenupcial, e não é licito aos casados aumentar o dote (Código Civil, art. 281). Pode compreender parte ou universalidade dos bens presentes e futuros da mulher, uma vez que esses b~ns futuros, sendo adquiridos a título gratuito, devam ser submetidos à dotalização, em virtude de cláusula expressa do pacto antenupcial (art.

280, parágrafo único; cl. J.Voet, *Com pendium ad Pandectas,* L. 23, t. 3, nº 5; Correia Teles, *Digesto Português,* III, 17).

d

3.

Pactos sucessórios. Não pode ser objeto de contrato, diz o Código Civil, art. 1.089, a herança de pessoa viva. Já assim era no antigo direito. Mas, pergunta-se, ~o pacto antenupcíal, que institua em dote a herança de alguém, é nulo por importar pacto sucessório? Respondia afirmativamente Clovis Bevilacqua (Direito *da Família,* 278): "... esses bens futuros não poderão ser uma herança determinada ainda não aberta, porque importaria o contrato dota! em um pacto sucessório e conseqúentemente, sem eficácia jurídica". Essa doutrina não era verdadeira, nem no é hoje. Primeiro que tudo, instituir-setm dote herança futura não é, como disse o jurista, pacto sucessório. Pactos sucessórios, sucessões pactícias, contratos de herança, sempre se chamaram, no direito brasileiro, como também no próprio direito romano, os pactos *aquisitivos,* em que algum dos contraentes promete instituir ou se obriga a aceitar sucessão *(de succedendo~,* e os *renunciativos,* em que se promete não instituir ou não aceitar *(de non succeden do).* Esses pactos sempre foram (com ligeiras exceções) considerados nulos. Procurava-se, assim, evitar que os contratos derrogassem regras legais de interesse público, *iuris publici,* como o é a matéria das sucessões, *quod pactis privatorum mutari non potest* (L. 38, D., *de pactis,* 2, 14). O pacto que põe sob regime dotal a herança futura, ou heranças (ou mesmo, *ex vi* do art. 280 e seu parágrafo do Código Civil, os *adquiridos a título gratuito,* em que necessariamente se incluem as heranças), não tem aquele inconveniente, nem mesmo se feito pelo autor da herança que pode determinar que os bens das próprias legitimas de seus herdeiros sejam incomunicáveis, inalienáveis etc. (art.

1.723). Nada obsta, portanto, a que o autor da herança conceba a cláusula de serem dotais esses bens; ou que os noivos prefixem o regime que os há de regular. Demais, o dote não se rege pelas regras jurídicas dos contratos vulgares: o artigo que lhe permite ter por objeto bens futuros torna-o caso especial de doação, e o art. 1.089, se não sofre derrogação necessária, é porque a proibição dos pactos sucessórios não atinge à instituição em dote de coisas futuras, nem às cláusulas testamentárias de incomunicabilidade dos bens das

legítimas. Aliás, nunca os nossos juristas, nem os lusitanos, puseram em dúvida o poder-se instituir em dote a herança ou o legado. Nem Domingos Antunes Portugal, em seu *Trac tatus de Donationibus,* nem Jorge de Cabedo, nem MeIo Freire, nem Manuel de Almeida e Sousa, nem Coelho da Rocha, nem Lafaiete Rodrigues Pereira. Encontra-se tal proibição, pela primeira vez, no livro de Clovis Bevilacqua. Mas o Código Civil não permite, felizmente, essa inovação. Bens futuros; portanto, entre eles, "os bens que herdar", "os que herdar, acaso, de A" etc.

4.

Descrição e estimação. Descritos e estimados certos bens, com a declaração pactícia de ficarem sujeitos ao regime dotal, podem ainda os noivos, até a celebração do casamento, constituir novo dote, ou aumentar o primeiro, porque a lei civil proibe o aumento apenas aos *casados,* e não aos noivos: "solum prohibentur inter coniuges, non inter sponsos" (MeIo Freire, *Institutiones,* 11, 175 e 176). E preciso advertir-se, em todo o caso, que outrora não se admitia, em geral, a doação entre cônjuges, a não ser que fosse *causa mortis;* e o Código Civil conservou a proibição apenas quanto ao dote (art. 281).

5.

Dote pelos pais adiantamento de legítima, dote por estranho. O dote constituído pelos pais, ou por um deles, em favor da filha, importa adiantamento da legítima (Antônio da Gama, *Decisiones,* 69: "Pater non potest disponere, ut imputetur filiae in legitimam, nisi ilIa quae de iure debeant imputari"; Código Civil, art.

1.171). Podem os pais dar em dote bens presentes e futuros,uma vez que não excedam a metade do que tem o dotador. Ao estranho só é permitido dotar alguém com a parte do patrimônio de que ele poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento (art. 1.176). Do mesmo modo que as nubentes e os pais, os estranhos podem dotar com bens presentes e futuros. Assim tambem e no direito português: "a especialidade mais importante e por assim dizer basilar das doações feitas por terceiros aos esposados consiste em poderem abranger *bens futuros,* ao contrário do que sucede normalmente com as doações em geral, cujo objeto só pode ser constituído por bens presentes do doador" (A. de Abranches Ferrão, *Das* Doações, 11, 14). Quanto ao tempo em que podera ser feito, a lei admite que os pais e os estranhos

constituam o dote na constância da sociedade conjugal do dotado, porque só *aos casados não* é *lícito aumentar* o *dote* (art. 281).

6.

Promessa de dote. (a) "Se o dote for prometido pelos pais conjuntamente, sem declaração da parte com que um e outro contribuem, entende-se que cada um se obrigou pela metade" (art. 284), qualquer que seja o regime de bens dos dotadores (Ordenações Filipinas, Livro IV, 4it. 97, *pr).* Houve ligeira alteração na doutrina jurídica, alteração que se efetuou na própria elaboração do Código Civil. O Projeto primitivo dizia, no art. 331: "Quando o dote e *constituído* conjuntamente, por ambos os progenitores sem declaração de parte etc." A Comissão revisora, em lance acertado, o que não lhe foi vulgar, emendpu (art. 354): "Se o dote for *prometido* por pai ou (!) mãe conlYlntamente" A diferença entre dote constituído e dote prometido não é radical, mas o dote já entregue continua a ser dote constituído, embora não seja mais dote prometido. A disposição do Código Civil limitou a presunção das metades ao caso do dote que se prometeu, e merece por d

isso encômios. O dote entregue tem em si declaração *implícita* da parte com que cada um dos cônjuges concorreu e muitas vezes seria erro e injustiça, na falta de declaração explícita, presumir-se o dote em partes iguais. Da palavra "constituído", empregada pelo Projeto primitivo, usou Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 133); mas Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de Uso Prático,* III, 458), Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* III, 130) e outros usam dos termos "prometido" e "prometem".

(b)

Todavia, se já está constituído e entregue o dote, outras serão as presunções; deve-se presumir que cada um contribuiu com metade, se são casados pelo regime de comunhão; com os bens próprios que figuram no pacto antenupcial e foram entregues, se outro for o regime. Em todos os casos, portanto, presumem-se dotados em partes iguais pelos pais os bens comunicados, e, conforme o titular da propriedade ou da posse, os bens incomunicáveis.

7.

Limites. O dote prometido por um só dos pais obriga a esse, e não pode exceder à quarta parte dos bens comuns, se o regime a que estiver sujeito o dotador for o da comunhão; mas, se ambos dotam, o beneficio pode consistir na metade dos bens comunicados.

8.

Doação. É nula, em geral, a doação, quanto à parte que sobrar à de que o dotador poderia, no momento da liberalidade, dispor em testamento. Falecendo o autor do dote, os descendentes que concorrerem à sua sucessão, são obrigados a conferir os dotes que dele receberam em vida, e, se já não possuem os bens dotados, trazem à colação o seu valor (art. 1.786). As filhas, que de seus pais houverem dotes, concorrem com eles à partilha (art. 1.787). São dispensados da colação os dotes, quando o dotador determine que saiam da metade de seus bens, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação (art. 1.795). Se foi feita a doação por ambos os cônjuges, no inventário de cada um se conferirá por metade, isto é, dividir-se-á ao meio o dote e cada fração deve ficar imputada a um dos pais e comparada à sua porção testável, salvo se os bens dotados não forem *comuns,* caso em que, como antes dissemos, se devem imputar aos proprietários. Se no contrato dotal figuram, por exemplo, um bem *comum* e um bem *particular* da mulher confere-se o bem comum por metade no inventário de cada cônjuge dotador, e o particular por inteiro, no inventário da mulher.

9. *Código Civil, arts. 236 e 242.* No direito atual, pode a mulher dotar as filhas e fazer doações aos filhos por ocasião de se casarem, ou estabelecerem economia separada (art. 236). Essa permissão decorre do art. 242, que não proibe, especialmente, tais liberalidades, e, ao vedar à mulher, sem assentimento do marido a pratica de atos, que esse não poderia exercitar sem o assentimento dela, implicitamente lhe faculta o que se não tolhe ao marido. A esse cabe o direito de anular as doações inoficiosas, compreendendo-se como tais as doações e dotes que excedam às legítimas dos filhos donatários ou das filhas dotadas. Já assim as chamava um dos organizadores das Ordenações: "Dicitur donatio inofficiosa quando excedit legitimam filIII dotati" (Jorge de Cabedo, *Decisiones,* 1, 239). Em todo o caso, se o dotador reputou o benefício tirado da parte testável, que é a metade de seus bens, só no que sobeja a essa porção se considera inoficioso o

beneficio. Por ocasião da partilha, se não houve declaração expressa de consistir a doação ou o dote no que o dotante poderia testar, deve-se conferir como legitima do filho ou da filha, — o excesso é inoficioso, e, como tal, partilhado. Se houve expressa disposição de que saiam da porção testável, por ela se confere, sem que o donatário ou a dotada perca o seu direito à legitimaa~art. 1.788). A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador, em testamento ou no próprio título da liberalidade (art. 1.789).

10.

Dote constituído pelo marido, ~Pode o dote ser constituído pelo próprio futuro marido? O art. 279 lala da própria nubente, dos ascendentes dela e de outrem. Outrem é *qualquer* pessoa, não sendo de excluir-se o marido, ou qualquer de seus ascendentes. Alguns escritores brasileiros dizem, porém, que o noivo não pode constituir dote à noiva, porque os bens dotaís são para auxiliar o marido, na mantença da família. E

acrescentam: pode *doar* (Clovis Bevilacqua, J. M. de Carvalho Santos, Spencer Vampré). Ora, doar para que a própria mulher se dote ("própria nubente") seria o mesmo, com o sacrifício do *principio de economia* (dois atos jurídicos, em vez de um). E aí já se patenteia a sem razão de tão precipitada asserção. Qualquer dote que não seja pela própria nubente é doação, com *modus* e incidência de regras de direito da família. Não só. No Código Visigótico, a regra foi a de o marido dotar a mulher, e não essa àquele. Aliás, assim também no direito árabe peninsular. Nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 28, §§ 34 e 44, lê-se o suficiente sobre isso. A 2ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 25 de agosto de 1942 *(RT* 143/620), aventurou: "Não definiu o nosso Código o que seja dote, mas do dispositivo do art. 279 se vê que ele só pode ser constituído pela própria nubente, pelos seus ascendentes ou por outrem. Desta expressão — por outrem — não se pode concluir que o marido possa, também, estabelecê-lo, pois que o dote se destina exatamente a prestar-lhe auxílio. No conceito de Coelho Rodrigues, o dote consiste nos bens que a mulher, ou alguém por ela, entrega d

expressamente, por este titulo, ao marido, para sustentação dos encargos do matrimônio. Em face desse conceito, o que houve na escritura aludida foi, antes, uma doação do marido à mulher, do que um dote. E, assim, não é possível cogitar-se de regime dotal. Pouco importa que os cônjuges, atendendo-se ao erro de classificação da

convenção celebrada, tenham entendido que era o dotal o regime entre eles estabelecido.

Sendo imutável o regime de bens, não podia alterá-lo qualquer declaração em contrário, feita pelos cônjuges.

Não existindo convenção antenupcial, ou sendo nula a que se estipulou, prevalece o regime da comunhão de bens." Basta a leitura para se ver quão injusta foi a decisão: nubente, ascendente e outrem podem dotar; marido não e""outrem" (que é, então?); na escritura falou-se de regime dotal, e no assento; os cônjuges assim entenderam, mas — como o dote é para a sustentação dos encargos do matrimônio — ~marido não pode dotar! No direito romano, o dote era feito pela mulher ou por alguém, em nome dela *(pro muliere, nomine mulieris).* Já havia, contudo, a própria ação da seduzida contra o sedutor para o casamento ou o dote. Não queiramos eliminar, nas fontes do nosso direito, o que nos veio do elemento germânico, antítese favorável à mulher contra o despotismo paternal-marital do direito romano. A tradição do nosso direito e do português é no mesmo sentido; e o direito português de hoje segue-lhe as pegadas, conforme se pode verificar em Luis da Cunha Gonçalves *(Tratado de Direito Civil,* VI, 562). A simples declaração, ainda que em escritura pública ou no próprio pacto antenupcial, pela qual o marido dá à mulher certa soma ou bem, móvel ou imóvel, não constitui dote (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de outubro de 1921, *RT* 40/132; aliás, é preciso retificar-se o acórdão no ponto em que define o dote, pois o dote pode ser constituído pelo marido). E doação, se bem que, se há qualificação explícita ou implícita, possa ser *dote.*

§ 918, O que pode ser dado em dote

1.

Função do dote. A função do dote é aumentar os meios de que dispõe o marido para satisfazer aos encargos do matrimônio. Podem se~ portanto, objeto do dote todos os bens que tenham valor pecuniário e sejam capazes de produzir frutos ou rendimentos. Por exemplo: *a)* Coisas móveis ou imóveis, ainda litigiosas (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 10, § 11; Correia Teles, *Digesto Português,* III, 18: "Os bens vinculados não podem ser dotados a pessoa, à qual a sucessão do vínculo não toque, mas pode o administrador dotar os rendimentos

durante a sua vida. Consistindo o dote em tença, juro ou usufftito de alguns bens, o marido ou seus herdeiros, dissolvido o matrimônio, só são obrigados a entregar os títulos que tiverem relativos ao dote e não os frutos e rendimentos recebidos durante o casamento"). *b)* Renúncia de direito real, em favor do marido (L. 78 e 57, D., *de iure dotiurn,* 23, 3). *c)* Renúncia de crédito de que é devedor, .1i próprio marido (L. 12, § 2, e 41, § 2, D., *de iure dotium,* 23, 3). *d)* Renúncia, em favor do marido, de direito deferido, como sucessão já aberta etc. (L. 14, § 3, D., *de fundo dotali,* 23, 5: "Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit vel etiam substituto viro omíseret hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis"). O Código Civil, art. 1.089, só proibe os contratos de herança de pessoa viva, *e)* Direitos reais e pessoais. Domínio útil, usufruto etc.; créditos de terceiros, direitos formativos, direitos expectativos etc.

2.

Elementos do dote. A cessão do dote consiste, como figura jurídica, em duas transferências diversas: *a)* A transferência temporária dc bem ou do direito. *b)* A transferência definitiva dos frutos que se vão perceber.

Daí a regra romana de que o dote consiste no direito, e não nos frutos. Dissolvida a sociedade conjugal, compete ao marido restituir, não os rendimentos, mas a coisa ou o direito; e, se era usufruto, que terminou, não o lucro arrecadado, mas os títulos dele.

3. Objeto *do dote.* O objeto do dote pode ser singular, como um prédio, uma chácara; consistir numa porçao de bens, como o que a mulher recebeu ou vai receber de herança ou legado; ou, ainda, universalidade de bens (L. 4, *pr.,* C., *de iure dotium,* 5, 12: "Nuíla lege prohibitum est universa bona in dotem feminam dare"). "É da essência do regime dotal", diz o Código Civil, art. 278, „descreverem-se e estimarem-se cada um de per si, na escritura antenupcial, os bens que constituem o dote, com expressa declaração de que a este regime ficam sujeitos." Convém notar-se, todavia, que, no caso de se darem em dote bens futuros, se deve entender constituído, não integralmente, mas deduzidas as despesas sem as quais não ficaria ele em estado de se colherem, satisfatoriamente, os frutos ou os rendimentos. Por exemplo: as despesas de inventário e semelhantes para se receber o legado ou sucessão; como tudo que a mulher tem, ou que vai ter futuramente a titulo gratuito.

d

4.

Bens futuros. Permite-se a dotalização dos bens futuros, adquiridos a título gratuito, em geral, ou de classe de bens futuros, como os havidos por herança, legado ou doação, ou somente os havidos por herança e legado, ou só herança, ou só legado, ou herança e doação, excluidos os legados, ou legados e doação, ou só doação, ou de qualquer classe com caracterização subjetiva (herança de parentes maternos, ou paternos, ou herança de filhos de primeiro leito, ou de A, ou 8, ou de A e B) ou objetiva (herança de bens imóveis, legados de bens imóveis, doações de ações de companhias etc.).

5. *Erro da jurisprudência.* À 2ªCâmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 15 de maio de 1928, foi ter pacto antenupcial em que se estipulou a dotalização de bens futuros ("bens que vierem a pertencer à desposada") e julgou-se, erradamente, que só seria permitido o dote de bens futuros se *também* houvesse bens presentes. Raciocinou-se: "... se o dote pudesse ser apenas constituído pelos bens que futuramente viessem a pertencer à mulher, o que é inadmissível, porque dote é a porção de bens incomunicáveis que a mulher transfere ao marido e tais bens devem constar da escritura antenupcíal, sob pena de nulidade (Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 173, parágrafo único), ficaria a sua constituição real e econômica dependente de evento futuro e incerto, representado pela possibilidade futura e incerta da mulher adquirir, mais tarde, os bens que viessem concretizar o dote, desde que verificado ficou que a futura esposa, a segunda agravante, bem algum trouxe ao marido, o primeiro agravante, e tanto assim é que nenhuma porção de bens consta da escritura antenupcial." E, analisando-se a cláusula do contrato antenupcial, acrescentou-se: "A cláusula ... vai de encontro" (expressão que significa "concorda", mas aí posta no sentido de "infringe") "às disposições do art. 280 do Código Civil. Dispõe em verdade o art. 280 que o dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher Tais bens poderão concorrer para o aumento do dote, no regime dotal, mas nunca para a constituição do dote, porque não se pode admitir que o casal possa estar sujeito ao regime dotal *sem dote,* durante o lapsoi de tempo em que a mulher não tenha trazido bem algum e por tal motivo, nenhum bem tenha transferido ao marido, para que esse possa exercer o seu direito de usufruí-lo." Não tem pé, nem cabeça. Tudo sofisma e absurdo, em tom de cátedra. Primeiro, a lei mesma permite dotalização, total e parcial, de bens presentes ou de bens futuros. Segundo, o que se pode *descrever* e *estimar* é o bem presente; rarissima e perigosamente o bem futuro. O art. 278 só se refere aos bens presentes. Terceiro, o art. 280, parágrafo único, provê à hipótese de

dote de bens futuros, sendo gratuito o título de aquisição.

6. *Bens futuros e título oneroso.* ~Podem ser dotalizados os bens futuros se oneroso o título de aquisição?

Trata-se de interpretação do art. 280, parágrafo único, que diz: "Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote, quando, adquiridos por titulo gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial." Nada obstaria à cláusula "e os bens imóveis adquiridos pela mulher com economias de rendas incomunicáveis serão dotais". Não se trata de aumento do dote, durante a sociedade conjugal; mas de dotação de bens futuros (art. 280). O ad, 280 é lei expressa. O art. 280, parágrafo único, provém do Projeto primitivo, art. 328, 2ªparte: "Os bens futuros, porém, somente se consideram compreendidos no dote quando assim for expressamente declarado em cláusula do pacto antenupcial." O Projeto revisto (art. 351) não tornou o preceito *limitativo* do atual art. 280, de modo que só os bens futuros, adquiridos a título gratuito, pudessem ser dotalizados: "... os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote quando forem adquiridos por titulo gratuito e assim for expressamente declarado em cláusula do pacto antenupcial". As emendas posteriores foram de redação. O que se lançou foi regra sobre o dote de bens futuros gratuitamente adquiridos.

O assunto merece toda a atenção. No art. 280, disse-se, em termos gerais, que se impõem ao intérprete: "O

dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher." No todo: todo o dote pode ser constituído de bens futuros (= só de bens futuros) ou todo de bens presentes (= só de bens presentes).

Em parte: o dote pode ser constituído de bens presentes e de bens futuros. No parágrafo único, a regra jurídica que se lança é regra de direito dispositivo, quanto aos bens futuros gratuitos. Se se tivesse planejado, na feitura da lei, que o dote somente poderia ter por objeto bens presentes ou bens futuros adquiridos a título gratuito, no art. 280 ter-se-ia dito. Não se disse. No parágrafo único, exigiu-se a cláusula expressa sobre a dotalização dos bens futuros adquiridos a título gratuito. Se não houve a cláusula expressa *(e.g.,* "todos os bens que adquirir gratuitamente", "todos os bens que adquirir gratuitamente por herança ou legado", "todos os bens que adquirir por herança do

pai"), entende-se que não se compreende no dote, ainda que se haja dito "todos os bens futuros, que dêem frutos". O art. 280, parágrafo único, é regra de direito dispositivo.

d

§ 919. Formalidades dos pactos dotais

1.

Vedação do aumento do dote constituído pela nubente ou pelo marido. Cláusula do pacto antenupcial, o dote deve ser constituído pela mulher antes do casamento. Após a celebração não se lhe permite instituir ou aumentar o dote. Diz o art. 281: "Não é licito aos casados aumentar o dote." Entenda-se, conforme dissemos: após a celebração. Tal vedação não se estende, contudo, aos terceiros. Os pais e os estranhos podem dotar a mulher casada, quer seja doação de parte, ou totalidade dos bens do dotador em vida, quer doação dos mesmos bens por morte. Essa exceção quanto a terceiros tem como fundamento não trazer a liberalidade de estranhos ou dos pais qualquer alteração ao regime de bens tornado irrevogável.

2. *Determinação e descrição* dos bens. É da essência do regime dotal determinarem-se e descreverem-se, na escritura antenupcial, os bens que formarão o dote. Quando, portanto, a mulher fizer objeto da dotação bens futuros, nãnº poderá do mesmo modo aumentá-los, ou diminui-los, depois do casamento. Se os bens dotais abrangem a totalidade ou a metade de uma herança, não lhe será permitido diminuir ou aumentar a porção ou parte aliquota prometida. Assim não pensava Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 28, nota 23) que excetuou da proibição de aumento os bens futuros (9, aliás, contra a boa doutrina assentada, sem discrepância, pelos velhos juristas, e, hoje, contra o art. 281 do Código Civil. Há, contudo, exceção ao princípio da impossibilidade por parte da mulher casada de aumentar a porção dos bens dotais: a acessão. Onde primeiro encontramos nós tal exceção foi em J. Voet (Com *pendium ad Pandectas,* Livro 23, Título 4, nº 72: in accessionibus subaudiri suadet regula secundum quam

accessorium sequitur suum principale, quoties non nominantim alia de augmento pacta concepta sunt"). A acessão pode dar-se: *a)* pela formação de ilhas; *b)* por aluvião; *c)* por avulsão; *d)* por abandono de álveo; *e)* pela construção de obras ou plantação (Código Civil, art.

536, 1-V). Se a mulher constrói ou planta no imóvel dotado, aumentou o dote, sem infringir a lei.

3. *Base contratual.* Por ser contrato, entra na classe das convenções matrimoniais: se feito antes do matrimônio, torna-se irrevogável com a superveniência dele; constituído após a celebração o dote, necessariamente por outrem, torna-se exigível e irrevogável no momento da aceitação da promessa.

4.

Regras gerais concernentes aos *pactos antenupciais.* Quando subordinado às regras gerais concernentes aos pactos antenupciais, considera-se nulo o dote: 1. Que se não fizer por escritura pública, porque o instrumento público é da substância das convenções antenupciais (arts. 134, 1, P parte, 256, parágrafo único, 1, e 278). Em todo o caso, diante do art. 1.168, que admite, combinado com o art. 134, a que se reporta, a doação por instrumento particular, dir-se-á que o dote, constituído por estranho ou pelos pais depois de efetuado o casamento da beneficiada, pode também sê-lo por instrumento particular, se o objeto for móvel ou imóvel de valor igual ou inferior a mil cruzeiros. Mas, ainda assim, os seus efeitos, a respeito de terceiros, só se operariam depois de registrado no registro público. Donde se conclui que o instrumento particular aproveitaria à mulher, mas só obrigaria o marido depois do registro. Seria, pois, instituição dotal demasiado precária, que apenas daria à mulher o direito de cobrar do dotador o dote constituído. Assim, a melhor interpretação é a analógica do art. 278, em que se exige para o dote a escritura pública. Uma das conseqüências de ser necessária, para o dote, a escritura pública, é a de se não poder propor ação de nulidade ou ação de anulação do dote, sem o remédio jurídico processual próprio. Assim, não se poderia, em juízo de inventário, pronunciar a nulidade de forma

(Tribunal da Relação de Minas Gerais, de 24 de fevereiro de 1917, *RF* 27/496); se bem que não goze ele da exigência do rito ordinário do art. 222, fundada em direito material, só referente ao casamento

mesmo, pois o rito é concernente à desconstituição do ato de oficial público. Quanto às nulidades de conteúdo, segue os principios comuns aos atos juridicos. A forma processual, no Código de Processo Civil, é a do rito ordinário.

III. Quando a convençao de dote por parte da mulher não se celebra antes do casamento.

A constituição do dote deve ser explícita, ou em termos de que se induza a intenção insofismável das pessoas de sujeitarem ao regime dotal os bens designados na escritura antenupcial, ou a totalidade ou a parte alíquota dos bens futuros. A constituição do dote não se pode presumir: precisa ser provada (cf. MeIo Freire, *Institutiones,* III, 162: "... quae viro pro muliere expresse conventione datur"). Destarte não bastam induções, nem se podem aceitar simples indícios. O Código Civil, art. 278, mantém o termo: ... com *expressa* declaração de que a este regime ficam sujeitos". Não se admitem, portanto, a prova insegura por conjecturas, *ex coniecturis,* indícios apenas verossímeis, indicIIIs *uerisimilibus,* ou presunções, ac *praesumptionibus.* Exige-se a intenção positiva de sujeitar os ~ens doados ao regime dotal: *ex pactis dotalibus expressis.*

d

5.

Estrutura do dote. O oficial do registro que lavra a escritura do dote, ou lança em nota a relação dos bens particulares da mulher, comunica-o, de oficio, ao ofinºial do registro de imóveis (art. 839, § 1ª). Sem o registro do pacto antenupcial, não há pensar-se em efeitos em relação a terceiros (art. 261). A ciência extra-registrária não basta. *Aliter,* no direito alemão *(e.g.,* L. Enneccerus e H. Lehmann; Paul Speck). A 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 30 de julho de 1942 *(RT* 142/170), caiu em grave confusão: "E nula a venda de bens dotais fora dos casos previstos no art. 293 do Código Civil. Reconhece-se, entretanto, a boa-fé do possuidor, terceiro adquirente, quando a circunstância de serem dotais os bens não constava do título anterior. nºDe que titulo havia de tratar-se? Ou houve o registro (cf. art. 839, § 1ª), ou não houve. Se houve, nenhum outorgado, ainda de boa-fé, adquire; se não houve, o que foi outorgado do dono adquiriu, salvo má-

fé, e adquiriu, em qualquer caso, o que foi outorgado por esse, se a transcrição da alienação a esse e a ele se operou.

6.

Dois contratos. O ato de dotar, quando parte de terceira pessoa, contém em si dois contratos: um, entre a mulher e o dotador outro, entre a mulher e o marido; mas é sempre da mulher que provêm os direitos do marido. Essa dupla natureza do contrato dotal em que figura, como dotador, terceira pessoa, se patenteia no momento de suceder a mulher ao autor da liberalidade e no caso de restituição do dote pelo marido. Por isso que foi contrato entre a mulher e o dotador, terá ela de trazer à colação os bens dotais, se quem a dotou foi o pai ou a mãe; e pela razão de ser contrato entre a mulher e o marido, nascem para esse obrigações relativas à administração, à inalienabilidade e à restituição da porção dotal.

§ 920. Pactos permitidos no contrato dotal

1.

Dote constituído por estranho, depois do casamento; cláusulas nulas. O contrato dotal pode ser antenupcial, ou pós-nupcial, quando constituído o dote por terceiro, como se conclui do art. 282 do Código Civil: "O dote constituído por estranhos durante o matrimônio não altera, quanto aos outros bens, o regime preestabelecido." Em ambos os casos será nula a convenção que se não fizer por escritura pública (arts. 256, parágrafo único, 1, e 278). Será também ineficaz a convenção dotal anterior ao casamento, se esse não se lhe seguir (art. 256, parágrafo único, III). *Dos prom isso habet in se tacitam condicionem, si matrimonium sequatur* (Antônio Gomes, *Opus super Legibus Tauri,* 252). Já no direito romano o Código enunciava o mesmo princípio (L. 20, 2, C., *de donationibus ante nuptias* 5, 3): "sine nuptIIIs ... nuíla dos intellegitur". As convenções dotais, anteriores ou posteriores ao matrimônio, são nulas se esse for desconstituido, trate-se de nulidade, ou de anulabilidade, ou declarado inexistente. *Dos dicitur pendere a matrimonio, ex eo quia sine matrimonio dos non potest* (Jorge de Cabedo, *Decisiones,* III, 93).

2. *Dote e pacto antenupcial.* O contrato dotal pode conter-se em pactos antenupciais: nesse caso, nem sempre a nulidade de parte do pacto antenupcial acarreta, só por si, a do contrato. Se o contrato dotal contém em si cláusulas, essas podem ser consideradas inexistentes, e ele persistir, no mais, inteiramente eficaz. A nulidade do pacto antenupcial, se o apanha todo, também apanha a parte, que é o contrato dotal. O contrato dotal pode ser nulo, ou anulável, sem que o seja o resto do pacto antenupcíal.

3.

Convenções e cláusulas não-escritas. Tem-se por não-escrita a convenção, ou a cláusula: 1) que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos; III) que contravenha regra absoluta de lei.

São exemplos de pactos não-escritos ou nulos: *a)* os que fixem prazos especiais para restituição do dote *(arts.*

300 e 301); *b)* os que alterem o prazo prescrição das ações de restituição do dote (art. 178, § 99, 1, *c,* e III); c) o que ajuste a reversão dos rendimentos dotais em dote *(aliter,* 5. Scaccía, *Tractatus de .Sententia et Re iudicata,* 163); ou o em que o marido renuncie às rendas dotais *(lucra dotalia); d)* os que impodem em renúncia da mulher dotada às legítimas dos paisi dotantes, contentando-se com o dote (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* li, 513); *e)* aqueles em que se permite ao marido restituir o dote antes de ser dissolvida a sociedade conjugal (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 161); fi os que concedem à mulher o direito de pedir a restituição antes de terminar a sociedade conjugal; *g)* o que imunize o marido da responsabilidade dolosa ou culposa quanto aos bens dotais (L. 6, D., *de pactis dota libus,* 23, 4); *h)* os pactos que permitam à mulher receber diretamente para si todos os frutos e rendimentos dos bens dotais, ou d

determinem que o marido os restitua integralmente; *i)* quando obriguem a mulher a pagar as benfeitorias voluptuárias etc.; *j)* os que estipulem a elevação do dote, no caso de morrer intestado o marido (art. 1.089).

Não se há de invocar a jurisprudência anterior que o permitia.

4.

Estipulações permitidos. Entre outras, são estipulações licitas: *a)* A que determine reversão do dote ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal (art. 283: "É lícito estipular na escritura ante-nupcial a reversão do dote ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal."), quer a mulher dotada tenha filho, quer não. Quando o dotador é o pai ou a mãe, o ônus da reversão só recai sobre a pade que excede à legitima da filha (Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de Uso Prático,* III, 500). *b)* A que dê à mulher o direito de receber diretamente, para suas despesas padiculares, determinada parte dos rendimentos dos bens dotais (art. 287, 1). Também élicito o recebimento indireto de parte dos rendimentos. Permitindo explicitamente o mais, o Código implicitamente permitiu o menos. Pensamos, todavia, que esse recebimento indireto só há de ser feito, se indivisível a renda, *e.g.,* de um só prédio, por intermédio do marido, que entregará à mulher a porção estipulada. Não assim, se há mais de um bem dotal e à mulher se concede receber a renda de um ou alguns bens. *c)* A que permita, a par dos bens dotais a existência de outros bens, submetidos a regimes diversos (art. 287, III). Pelo direito romano (L. 2, D., *de pactis dotalibus,* 23, 4) e no direito anterior (MeIo Freire, *Institutiones,* III, 174), permitia-se o pacto em que se estatuísse lucrar o marido o dote, se premorresse a mulher sem deixar herdeiros necessários.

O Código Civil não permite tal cláusula, evidentemente de *succedendo.* O que é de se estranhar é que Clovis Bevilacqua *(Direito da Família,* 238), tão contrário à instituição em dote de herança de pessoa viva, defendesse tal exceção.

5.

Dois regimes. Comunhão universal e regime dotal envolvem contradição (ci. Paul Speck, *Das gemeinrechtliche Dotalspstem,* 37); mas princípios da comunhão universal e regime dotal para certos bens não na envolvem. O mesmo ocorre com o regime da comunhão parcial.

§ 921. Ação do marido para haver o dote prometido

1.

Entrega do dote. O principal efeito do contrato dotal é obrigar o

dotador a entregar o dote no prazo e pelo modo convencionado. Se não se fixou a época, entende-se que o prometeu no dia do casamento, se foi constituído antes da celebração matrimonial *(Código Civil,* art. 286; Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 139; Ordenações Filipinas, Livro IIII, Título 25, § 5); ou no dia do contrato, se feito, por terceiro, posteriormente ao consórcio. A regra — dote prometido sem marcar tempo deve pagar-se efetuado o casamento (A. Côrtes Bremeu, *Universo jurídico,* Tratado 1, disputação única, Título 21, § 2ª, 301) — não poderia ser atendida se prometido ou constituido depois do casamento. O disposto para um caso não se pode estender ao que tem diferente natureza (Ordenações Filipinas, Livro IV, Tít. 45, § 3; e Lei de 22 de novembro de 1761, Tit. 13, § 1).

2.

Ação para haver o dote. Á obrigação do dotador corresponde a ação do marido para exigir ~

cumprimento do estipulado: não a entrega da coisa ou direito doado, mas os frutos percebidos desde a data em que se tornou exigível o dote (art. 286). A pessoa que prometeu o dote escapará à obrigação: *a)* Se a promessa não foi feita por escritura pública (art. 278). A regra jurídica do art. 1.168, que permite a doação por instrumento particular 993 não é aplicável ao dote, que, embora constituido depois de celebrado o matrimônio, se deve equiparar para esse efeito, como os dotes antenupciais, aos pactos e convenções matrimoniais, em que o instrumento público é da essência do ato (arts. 256, parágrafo único, 1, e 134, 1, 1ª parte). *b)* Se o casamento não se seguir, no caso de se tratar de contrato anterior ao matrimônio. *c)* Em caso de casamento inexistente, julgado nulo, ou anulado; salvo se foi declarado putativo, pois nessa hipótese ambos os cônjuges ou um só tem direito ao dote, e o dotante não se pode eximir da obrigação de entregá-lo à mulher, se inocente, porque foi ela a beneficiada e em seu favor se produzem todos os efeitos do casamento; ou entregar os frutos ao marido, se inocente, porque lhe competia percebê-los até à dissolução da sociedade conjugal.

3.

Dotador em mora. Se o dotador está em mora e a sociedade conjugal se dissolve, cessam de correr em favor do marido os frutos e os rendimentos; mas subsiste o direito de cobrar os que se tiverem

vencido na constância da sociedade conjugal (Álvaro Valasco, *Opera Omn ia,* 1, 24 e 25; Lafaíete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 139). Antes da entrega do objeto dotado só existe por parte do marido o direito de crédito (Clovis Bevilacqua, *Direito da Família,* 290). Pode o promitente, todavia, dar ao marido, em segurança da sua obrigação, prédio ou objeto semelhante, transmitindo-lhe o direito de perceber os rendimentos da coisa d

hipotecada ou empenhada, enquanto não é pago o dote. Se já deviam ter sido entregues os bens dotais, os frutos e rendimentos da garantia reputam-se frutos do dote prometido e não entreque. Mas, se ainda não está em mora o dotador, devem os frutos ser contados com adiantamento das rendas do dote futuro. Em hipótese alguma tais rendas são deduzidas do dote prometido (Álvaro Valasco, *Opera Omnia,* 1, 20).

4.

Ação para haver os frutos do dote. A ação que compete ao marido para haver os frutos do dote, por isso que é pessoal e a lei civil não lhe fixou prazo menor, só prescreve em vinte anos. Além da ação de petição do dote, pode o marido, como *qualquer interessado,* pedir, pela ação *ex stipulatu de dote,* o cumprimento de qualquer cláusula do pacto dotal.

§ 922. Quando o dotado é obrigado à evicção

1.

Definição. Evicção é a perda que o possuidor de uma coisa, ou a pessoa que tem direito a ela, sofre, no todo, ou em parte, em virtude de sentença obtida por terceiro, que invocara o seu direito a coisa. Se isso ocorre, o que a alienou tem obrigação de indenizar o prejudicado, e tal é o que se chama prestar ou responder pela evicção.

2.

Código Civil, art. 285; doutrina anterior Depois de entregue o objeto de dote, pode acontecer que terceiro o reivindique, por ter sobre ele qualquer direito. ~Em tal caso, tem ou não tem o dotante a obrigação de prestar a evicção? As respostas eram e continuaram, até pouco, incertas e discordantes; mas o art. 285 não deixa margem aos torneios doutrinários de outrora. O Código Civil, art. 285, diz: "Quando o dote for constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má-fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada." Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* III, 142) e Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 140) pensavam que o dotante, se a coisa entregue como dote fosse demandada por terceiro e tirada por sentença *(evicta),* não era obrigado a prestar a evicção, salvo se houvesse dolo por parte dele, ou os pactuantes tivessem estipulado essa responsabilidade. Outra era a opinião de Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 187), que reputava responsável, em todos os casos, o dotador *profectício,* e irresponsável, em regra, o dotador *adventício,* salvo intervindo dolo. Clovis Bevílacqua *(Direito da Família,* 292) defendia outra solução: em regra, o dotador era obrigado à evicção, salvo se estava de boa-fé. O Projeto primitivo (art. 333) continha doutrina ainda mais explícita: "O dotador éobrigado a garantir, como livres e 1

desembargados, os bens dados em dote, salvo declaração em contrário." Substituindo tal artigo, a Comissão Revisora (art. 357) pretendeu assentar a doutrina de Coelho da Rocha, que, afinal, alterada, prevaleceu, como mostraremos pela elaboração do atual artigo do Código Civil. Dispunha o Projeto revisto, art. 357: "Se o dote tiver sido constituído pelos pais ou pelos avós da dotada, serão os dotadores responsáveis pela importância dele, no caso de evicção. Se, porém, tiver sido constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má-fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada." O Projeto adotado pela Comissão Especial da Câmara (arts. 292 e 293) mantinha a mesma regra embora já desmembrada, no art. 292, parágrafo único: "Os dotadores (referindo-se aos pais e avós) respondem pela importância etc." Finalmente, rejeitada a emenda acima, bem como o substituto de redação que ofereceu Rui Barbosa, manteve o Código as expressões "constituído por qualquer outra pessoa" (art. 285), subordinadas ao artigo anterior relativo aos pais. Mal redigido, não resta dúvida, mas nem por isso obscuro, diz o art. 285: "Quando o dote for constituído por qualquer outra pessoa, esta só responderá pela evicção se houver procedido de má-fé, ou se a responsabilidade tiver sido estipulada." Tal a *lex lata.*

Para estipulação basta a frase tabelioa: “prometendo fazer firme, boa e valiosa a doação (ou dote)”; ou outra semelhante.

3.

Pais responsáveis pela evicção. Os pais são responsáveis pela evicção em qualquer caso. Os terceiros e a nubente não são obrigados a responder pela evícção, salvo: 1 - Se o dotante houver procedido de má-fé; como se ao tempo em que constituiu o dote sabia que a coisa não era sua, ou permitiu que a estimassem sem declarar o ônus que a gravava, ou se, depois de prometido o dote, capciosamente o alienou ou gravou. li - Se a responsabilidade foi estipulada no contrato dotal (art. 285). A evicção origina-se sempre de fato ou ação do dotador, anterior à entrega do dote. Tal causa não pode ser imputada ao marido, de onde concluir-se que o marido se exime da obrigação de restituir o dote, provado que foi evicto. A responsabilidade dos pais pela evicção do dote transmite-se aos herdeiros. Se os pais são responsáveis, são-no por igual os herdeiros. O

d

Código Civil não no diz; mas seria ocioso que o dissesse. Cf. Manuel de Almeida e Sousa (Ações *sumá rias,* 11, nota 352); Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito de Família,* 140). Não importa se dotador foi só um dos genitores, ou se foram ambos.

4.

Sorteios. Os “dotes” oriundos de pagamentos de sorteios de coisas, ou de dinheiro aplicado pelo sorteante, ou de seguros dotais, obrigam à evicção aos que entregam a coisa, não *ex iure dotium,* mas por direito das obrigações. Os princípios são diferentes.

§ 923. Diversas classes de bens no casamento clotal

1.

Bens extradotais. Nem todos os bens, no regime dotal, a ele se submetem. No estimarem-se e descreverem-se certos bens que constituem o dote, está implícita a idéia da existência de outros que daquela porção privilegiada se distinguem.

2.

Classes de bens. Os bens pertencentes aos cônjuges, no casamento segundo o regime dotal, por isso que se subordinam a regimes diversos, classificam-se do seguinte modo: 1 - *Bens dotais:* os que por expressa declaração contida nas cláusulas do contrato ficam sujeitos aos princípios e privilégios legais do dote. 11 - *Bens incomunicáveis:* os bens extradotais da mulher, que se mantêm incomunicáveis, quer por disposição antenupcial, quer por exigência da lei, quer por falta de regra pactícia a respeito. Dizíamos no *Direito de Família,* em 1917: "Evitamos assim empregar em quaisquer casos, o termo de origem grega

"parafernaís", a fim de só usarmos tal expressão depois de exprobrarmos a certos juristas descuidosos do rigor técnico e ao próprio Código Civil tão errôneo e arbitrário emprego dessa palavra, há mdito adotada na terminologia jurídica, e, pela significação estreitamente adequada àetimologia, não suscetivel de sinonímia caprichosa, ou extensiva, em 1917." Que são bens parafernais? perguntávamos e insistíamos: "Respondam-nos, primeiro, os Gregos. Eis o que dizem os dicionários que consultamos: JtaQácpEQva, bens fora do dote".

Os Romanos, que tiveram de empréstimo a palavra, não lhe deturparam o legítimo sentido, como fazem agora certos juristas, considerando *parafernais* os bens "incomunicáveis", a ponto de Mourlon, nas *Répêtitions écrites sur le Code Napoleón,* chamar parafernais os bens incomunicáveis no regime da comunhão (1) e dizer, referindo-se ao regime da separação: a qualidade de ser parafernal, *parafernalidade,* em tal hipótese, é a regra.

No Digesto, L, 9, § 3, *de iure dotium,* 23, 3, onde se encontra em caracteres gregos a palavra *"parafernais" (qui Graeci dicunt),* há proposição que mostra claramente não se ligar *à* expressão "parafernais" qualquer sentido de incomunicabilidade: tais bens eram incomunicáveis, porque a lei romana os considerou, ou, melhor, dispôs que o fossem, e não porque o *tivessem* de ser, em virtude do nome. Eis o que a respeito escreveu Charles Maynz *(Cours de Droit*

romain, IIII, 55): “III est probable que, dans lorigine, la femme apportait êgalement dans le mariage libre tout ce qu‟elle avait. Mais, à mesure que les coutumes se relâchérent, les femmes cherchêrent à s‟assurer une plus grande indépendance, en se réservant des biens propres. C‟est ce qui explique le terme *recepticia* qui était *anciennement donné á ces biens.* Du temps des jurisconsultes classiques lusage s‟était admis que tout ce que la femme n‟avait pas donné en dot ta~à

~YEQVflÇ continue de lui appartenir en propre et que le mari n‟a sur ces biens d‟autres droits que ceux qui lui sont spécialement accordés. D‟habitude il en avait l‟administration, ce qui lui donnait les droits et obligations que résultent du mandat. *La femme pouvait aussi lui en transférer la propriété, à charge de les restituer avec les fruits.”* Do trecho acima, de um romanista, que pesa o que diz e cuja precisão técnica nenhuns escritores lhe negavam, podemos tirar: *a)* os bens parafernais são só os que a mulher não deu em dote, isto é, os que escaparam à dotalização; *b)* que, antes dos jurisconsultos clássicos, só uma parte dos bens parafernais — os que a mulher se reservava (receptícia) — pertencia à mulher; *c)* que ao tempo dos jurisconsultos clássicos se admitiu que todos os parafernais fossem próprios *(tout ce que la femme n’avait pas donné en dot continue de lui appartenir en propre); d)* finalmente: que a mulher também podia transferir ao marido a propriedade dos bens parafernais. Passemos ao direito moderno. De ordinário, mais ciosos do rigor técnico do que os Franceses, os Italianos não definem erradamente bens parafernais. O antigo Código Civil italiano, no art. 1.425, dera definição exata: “Sono parafernali tutti beni della moglie, che non sono stati costituti in dote.” Ora, de tal definição não se poderia concluir o caráter de incomunicáveis e por isso o art.

1.427 dispôs: “La moglie ritiene il domínio, l‟amministrazione e il godimento dei suoi beni parafernali.” Assim, bens parafernais são os extradotais que, *em virtude do art. 1.427,* são próprios da mulher. *Beni parafernali* o *estradotali,* eis como se expressa Adolfo Berio *(Dizionario pratico de diritto privato* de Vittorio Scialoja, 1, 525, verbis *beni parafernali).* Dentre os Franceses, Daíloz e os antigos comentadores definiram perfeitamente. Mourlon e outros, em minoria, confundiram parafernalidade com incomunicabilidade. Para d

evitar o alongamento desta observação de terminologia, transcrevemos a definição de outro jurista, Baudry-Lacantinerie *(Précis de Droit civil,* IIII, 246): “Les biens de la femme, qui ne sont pas dotaux, sont dits extra-dotaux, ou parafernaux.” Corretíssimo, mas o Código Civil francês obrigava os desavisados a errarem, porque, no

art. 1.575, na redação anterior à Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965, admitia parafernais, ou extradotais, sem o dote, isto é, quando todos os bens fossem da mulher, o que criava a sinonímia entre separação de bens e parafernalidade, e constituía cracissimo erro. Sabedores do direito romano, os velhos juristas lusitanos merecem grande crédito quanto à exatidão da terminologia jurídica. Mas os nossos cultores do direito, apegados aos escritores franceses, herdam-lhes a os erros, em vez de mais seriamente freqúentarem os bons modelos de documentação e raciocínio jurídico. A inexatidão, que no Código Civil francês é inofensiva, tornou-se, no Código Civil brasileiro, germe de contradições indisfarçáveis. Exemplo: o art. 287, parágrafo único, revogado pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, dispunha que "em falta de expra~sa declaração quanto ao regime dos bens extradotais, prevalecerá o da comunhão", e o art. 310: "a mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais; não podendo, porém, alienar os imóveis". Ora, parafernais, do grego atuQdÇÉpva, são os extradotais, de aa~á, extra, ~uvijg, dote; de modo que, no art. 287, parágrafo único, tais bens eram *comuns,* em falta de disposição contrária, ie no art. 310 são *incomunicáveis!* Que bens parafernais sejam os extradotais, ninguém o contesta. Basta lembrar Meio Freire *(Institutiones,* 11, 132): "... quae uxor in mariti domum secum abduxit, et illius administrationi subiecit, vel quae domum, stante matrimonio, quocumque titulo adquisivit, paraphernalia dicuntur". Teixeira de Freitas *(Consolidação das Leis Civis,* nota ao art. 89) disse: "parafernais ou extradotais". Coelho da Rocha *(Instituições,* 193) escreveu: "Todos os bens da mulher, que no casamento feito por dote se não compreenderem neste, são parafernais." Correia Teles *(Digesto Português,* III, 28, explicou~ se os bens parafernais, isto é, os que deixou fora do dote, e os que adquiriu depois". Manuel de Almeida e Sousa, Borges Carneiro e Lafaiete Rodrigues Pereira foram, entre nós, Portugueses e Brasileiros, os conspurcadores do sentido exato do adjetivo "parafernais": o primeiro, por influência do Código dos Franceses; o segundo por ser, a despeito do seu valor jurídico, espírito nimiamente descuidado da forma, do método e da boa técnica, o terceiro — o que é mais grave — por capricho de opinião, pois Lafaiete defendia a doutrina da comunhão dos bens adquiridos pela mulher no regime dotal. Em suma: bens parafernais são os extradotais e como certos bens parafernais, ou extradotais, se comunicam e outros não, usaremos — para ser possível a explicação do Código Civil — das expressões extradotais, ou parafernais, em geral; parafernais incomunicáveis, ou os extradotais que se não comunicam etc. Assim teremos facilitado o estudo de nosso direito positivo sem adulterar a terminologia, com a mesma convicção que tinha frei Francisco de São Luís, quando

afirmava que os progressos da razão humana em qualquer ramo das ciências dependem essencialmente da exata precisão da linguagem" *(Ensaio sobre alguns sinônimos da Língua portuguesa,* 1, *Prefaçáo)*. Convêm notar ainda o absurdo das regras dos arts. 287, parágrafo único, e 288. A primeira mandava subordinar ao regime da comunhão os bens extradotais (menos os adquiridos) e a segunda manda aplicar aos adquiridos o estatuído nos artigos referentes à comunhão parcial. Temos, assim, comunhão mais larga quanto aos bens possuidos antes do casamento do que em relação aos adquiridos na constância da sociedade conjugal. Não colhe o argumento de que a comunhão, a que se referia o art. 287, parágrafo único, fosse a *parcial,* pois que, sempre que se empregava a palavra "comunhão", se entendia, no direito anterior à Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 50, poderia, sem flagrante desobediência à letra da lei, compreender pela palavra "comunhão" a parcial, qual a do regime dos arts. 269 e 275, que é misto de comunhão e de separação, a ponto de existir regime de comunhãolimitada. Demais, se o art. 287, parágrafo único, quisesse referir-se a esse último regime, anão teria abrangido também os adquiridos? Tais razões não são inoportunas, pois há quem tivesse procurado forçar, desde cedo, a letra da lei. O que os arts. 287, parágrafo único, e 288 estabeleceram, seria desacerto, mas não no é menor o querer interpretar contra expressa disposição da lei. Referimo-nos a Clovis Bevilacqua que não nos respondeu. Repetiu que bens parafernais são jos incomunicáveis da mulher, que não fazem parte do dote!

(Código Civil Comentado, III, 256). Noutro lugar (III, 219) citou o Código Civil francês e o italiano Em matéria de ciência, não há de haver lugar para apego paterno aos Projetos. Ciência é livre disponibilidade do espírito. O cientista diz que não teve razão, e corrige-se. Ganha com isso. Cada edição dos grandes livros de ciência é exemplo de tal humildade e de tal grandeza. IIII. *Bens trazidos pelo marido* (incomunicáveis, salvo disposição contrária). IV. *Bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.* V. *Bens comunicáveis da mulher* que são os que a mulher trouxe sem cláusula de incomunicação.

3. *Bens parafernais.* São obrigatoriamente incomunicáveis os bens dotais e os traidos pela mulher com a cláusula de incomunicação: aqueles, pela natureza legal do dote, porção segregada de bens prometidos ou entregues ao marido para concorrer aos encargos do matrimônio; esses, não só por sua incomunicabilidade originária, como também porque a lei os sujeita, em artigo especial, ao regime da

separação, sem que tenha a mulher de concorrer com os rendimentos deles para as despesas do casal. São, de regra, sujeitos à comunhão os bens *extradota is,* adquiridos na constância da sociedade conjugal, se não foram expressamente declarados incomunicáveis, bem como os que o marido adquiriu, na constância da sociedade conjugal, sem cláusula de d

incomunicação. As limitações às regras são as dos arts. 269-275. Diz o art. 288:

"Aplica-se, no regime dotal, aos adquiridos o disposto neste titulo, capitulo IIII (arts. 269 e 275)." Tem-se, assim, quanto aos adquiridos na constância da sociedade conjugal, a comunhão parcial, *salvo* disposição *antenupcial contrário...* . O art. 288 é disposifluo, e não imperativo. Passemos a tratar dos que a mulher trouxe e dos que trouxe o marido, isto é, os que um e outro têm ao se casarem. Diz o art. 287: "E permitido estipular no contrato dotal: -

Que a mulher receba, diretamente, para suas despesas particulares, uma determinada parte dos rendimentos dos bens dotais. III - Que, a par dos bens dotais, haja outros, submetidos a regimes diversos." Regimes diversos: uns, incomunicáveis; outros, comunicáveis; uns, de frutos incomunicáveis; outros, de frutos comunicáveis. Pergunta-se: ase nada se assentou quanto aos bens nãodotais, são eles comunicáveis ou incomunicáveis? A essa questão, que é capital, fogem os escritores, nesse hábito lamentável de, nos comentários, só se tratar do que é fácil. Criticamos o art. 287, parágrafo único; e a Lei rx~ 3.725, de 15

de janeiro de 1919, por isso mesmo o riscou. gOnde, porém — depois da eliminação do parágrafo único — a regra que faça *incomunicáveis* os bens extradotais, adquiridos antes do casamento? Se está no art. 310, aonde a regra concernente aos que traz o marido, se o art. 310 só se refere à mulher? Clovis Bevilacqua procurou salvar o erro de terminologia, em que incorrera, mas foi infeliz. Pouco afeito ao trato dos livros portugueses antigos, saturado de francesia jurídica, não viu (o que não aconteceria a qualquer espírito familiar com a tradição do direito luso-brasileiro e brasileiro até 1916) que, sendo regime comum (Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 46; Decreto n0 181. de janeiro de 1890, art. 57) o da comunhão, os bens extradotais seriam *comunicáveis,* e não *incomunicáveis;* de modo que, nas normas sobre a estrutura do regime dotal, para que fossem incomunicáveis, mister seria regra imperativa, ou dispositivo. Nem um nem outro foi inserto no Código Civil. Disse Covis Bevilacqua (Código *Civil Comentado,* 1ª ed., III, 218) que, no sistema do Projeto primitivo, os extradotais eram

incomunicáveis. Não é exato. O que existia era o art. 363, correspondente ao atual art. 310, e tão-só. Isso de afirmar que os bens parafernais são incomunicáveis, por definição, é ir muito longe; é confundir qualidade que os bens tomam, podendo ter outra ou outras, e elementos definidores.

Nenhuma palavra há no Projeto primitivo, ou no Código Civil, sobre os bens do marido. aComo, pois, resolver-se? Tal confusão suscitou Clovis Bevilacqua que, ainda depois da emenda de 1919, de sugestão nossa (mas emenda incompleta, se se queriam fazer incomunicáveis os bens do marido), persiste o problema de interpretação. A melhor solução, hoje, é recebermos o gesto de 1919 como o de exclusão da comunhão dos bens que cada nubente possui, salvo disposição em contrário, mas, para isso, épreciso que se tenha dito ser dotal o regime, uma vez que o dote é, se oriundo da nubente, somente de parte dos bens que ela tem ao casar-se. Portanto, não cabe pensar-se na incomunicação, se: *a)* Houve pacto antenupcial, *e* não se falou do *regime dotal,* mas só de dote, deixando-se prevalecer os princípios da comunhão, como se se disse "A é dote; e o resto, de acordo com regime comum. *b)* O dote é de estranho e os nubentes casaram pela comunhão universal, mas não, sob o direito atual, se nada disseram sobre o regime.

4. *Bens obrigatoriamente incomunicáveis.* Salvo cláusula expressa do pacto antenupcial, os bens e direitos adquiridos após o casamento ficam submetidos ao regime da comunhão parcial, isto é: 1 - Não se comunicam: *a)* os adquiridos que advierem aos cônjuges por doação ou sucessão; *b)* os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares; *c)* os bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao casamento, tais como o direito real preexistente, consolidado no domínio, depois do casamento (sirva de exemplo o usufruto que se consolidar com a propriedade na constância da sociedade conjugal, "porque não é aqúesto conjugal e tem origem no tempo pretérito antes da contração do matrimônio", Manuel de Almeida e Sousa, Notas *de Uso Prático,* 1, 351), e a coisa cujo prazo decenal ou vintenal para usucapião só se completa durante a sociedade conjugal, desde que anterior o titulo (Gabriel Pereira, *Decisiones,* 244, e Diogo Guerreiro; "Nec acquaestum communioni cedere debet res par unum ex coniugibus ante nuptias empta ab eo, qui dominus non erat, si stante matrimonio usucapio completa sit"). Antes, no Capítulo IIII (Comunhão parcial), o assunto foi mais largamente estudado. Uma vez que se admite a cláusula reversiva no contrato dotal, a aquisição pela

volta da coisa tem causa anterior, se o dotante, ao tempo do benefício, ainda não estava casado; cabe, portanto, o princípio da incomunicabilidade da aquisição *ex causa praeterita.* Tais bens adquiridos que se não comunicam são considerados, quando da mulher, propriedade dela, e, quando do marido, propriedade dele. III - Comunicam-se: *a)* os adquiridos na constância da sociedade conjugal a título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; *b)* os adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior (por exemplo, achada de objeto perdido, ou tesouro; prêmios de loteria, sorteio de apólices e semelhantes); *c)* os adquiridos por doação, herança, ou legado, em favor de ambos os cônjuges; *d)* as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; *e)* os frutos dos bens comuns, ou dos particulares do marido, percebidos na constância da sociedade conjugal, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão dos adquiridos. Sob o direito anterior à Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 12, VIII e VIIII, também; fl os frutos civis do trabalho, ou da indústria de cada cônjuge, ou de ambos. São também aplicáveis ao regime dotal os arts. 273-275. Quanto aos bens trazidos pelo marido, o regime será o da comunhão, salvo pacto em contrário. A alteração nesse ponto é essencial: antes, o regime d

que prevalecia era o da separação, de que o dotal era apenas espécie; hoje, mesmo para o regime dotal, prevalecem os princípios da comunhão quanto aos casos omitidos nos pactos antenupciais. Quanto aos frutos dos bens extradotais da mulher incomunicáveis, ditos, nos arts. 310 e 311, “parafernais”, não se comunicam, porque o marido presta conta dos bens e restitui os frutos, se bem que possa ser dispensado disso por meio de cláusula expressa. Portanto, o legislador não os fez *comuns.* Se comuns fossem, o marido responderia como usufrutuário, e não como se fosse mandatário, ou como se fosse depositário. Volveremos à questão.

§ 924. Direitos do marido sobre os bens dotais

1.

Direito romano. No direito romano anterior ao Império, o marido era proprietário dos bens dotais, podendo dispor de quaisquer deles, quer fossem móveis, quer imóveis. Mas, sob Augusto, ficaram os imóveis dotais livres dos desperdícios do marido, e duas foram as limitações

criadas pela lei *Juba de adulterIIIs* ao seu *ius abu tendi* (devido a conter tais regras, no Digesto denomina-se a lei, não *de adulterIIIs,* mas *Lex lulia de fundo dotali,* L. 1, D., *de fundo dotali,* 23, 5): *a)* o imóvel dotal não poderia ser alienado sem o assentimento da mulher; *b)* o marido não poderia hipotecar o imóvel dotal nem mesmo com o assentimento da mulher (L. 4.

D., *de fundo dotali,* 23, 5: *"Lex lulia, quae de dotou praedio prospexit, ne id manto liceat obligare aut alienare, plenius interpretando est").*

Justiniano completou as medidas exceptivas da Lei Júlia, proibindo a alienação e hipoteca dos fundos dotais, ainda com a outorga da mulher, e estendeu tal proibição aos fundos provinciais, pois a Lei Júlia referia apenas os fundos itálicos. Consagrada a inalienabilidade do dote imobiliário, continuou o marido com o direito de alienar e gravar os móveis dotais, bem como os imóveis estimados de que pudesse restituir o valor (L. 1, § 15, C., *de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transf usa et de natura dotibus praestita,* 5, 13). O direito romano continuou de ser, até hoje, fonte de nosso direito, quanto ao regime dotal. As leis lusitanas não alteraram, em essência, as regras romanas; todavia, em nota a MeIo Freire, que as con,~iderava inteiramente praticáveis no nosso antigo direito, Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de Uso Prático,* 11, 374 s.) opôs à afirmação generalizante daquele várias exceções. O Código Civil trouxe modificações sensíveis, iniciando nova fase.

2.

Direitos do marido na constância da sociedade conjugal. São direitos do marido, na constância da sociedade conjugal, Código Civil, art. 289: *a)* administrar os bens dotais; *b)* perceber-lhes os frutos; *c)* usar das ações judiciais que forem necessárias ou úteis. E o que diz o art. 289: "Na vigência da sociedade conjugal, édireito do marido: 1 - Administrar os bens dotais. III - Perceber os seus frutos. IIII - Usar das ações judiciais a que derem lugar."

3.

Cláusulas restringentes ou ampliativas dos direitos do marido. No pacto antenupcial, pode o adotante incluir cláusulas que restrínjam, ou ampliem, os direitos do marido quanto á alienação e gravame dos

bens dotais. Na falta de cláusula expressa, presume-se transferido ao marido o domínio dos bens dotais móveis, e não transferido o domínio dos bens dotais imóveis (art. 290: "Salvo cláusula expressa em contrário, presumir-se-á transferido ao marido o domínio dos bens sobre que recair o dote, se forem móveis, e não transferido, se forem imóveis."). Daí poder o marido, quanto aos bens móveis, na falta de disposição contrária inserta no pacto dotal: *a)* alienar, dar em penhor e gravar de quaisquer ônus os referidos bens; *b)* perdê-los por alguma causa, ficando responsável. Conseqüentemente: podem os credores penhorar os bens dotais móveis, e correm por conta do marido os riscos e perigos, bem como as vantagens que sobrevierem a tais bens (art. 292; L. 10, *pr.,* D., *de iure dotium,* 23, 3). É aplicável aos bens móveis, em que o marido tem, de regra, o domínio, o que se dizia outrora em relação aos bens estimados, — frase que é, *mutatis mutandis,* a que acima formulamos (Pereira de Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* IIII, 100). Diz o art. 292: "Quando o dote importar alheação, o marido considerar-se-á proprietário, e poderá dispor dos bens dotais, correndo por conta sua os riscos e vantagens, que lhes sobrevierem."

4. *Bens imóveis.* Os imóveis não podem, em princípio, ser alienados ou gravados, e só uma exceção se admite: quando tópico expresso do pacto antenupcíal os tenha equiparado aos móveis, transferindo o domínio para o marido. Embora o marido não tenha domínio deles, pode, todavia: *a)* Havê-los de terceiros por ação de reivindicação ou restituição (L. 24, D., *de actione rerum arnotarum,* 25, 2; L. 11, C., *de iure dotium,* 5, 12; L.

9, C., *de rei vindicatione,* 3, 32). O direito real aos imóveis dotais pode nascer durante o matrimônio; se d

alguém os quer reivindicar, o marido pode alegar o vicio inicial do título que se oponha ou, ao revés, mostrar o direito por usucapião que tinha o próprio dotante, ou que a mulher dotada completou. *b)* Prometer, alienar e gravar os frutos e rendimentos de tais bens que se perceberem na vigência da sociedade conjugal. O marido não é mais do que simples usufrutuário. Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 145) reputava o domínio, ainda que incompletamente, transferido, em todos os casos, ao marido. Entre esses direitos, colocava o de haver de terceiros a coisa por ação de reivindicação *(rei vindicotio).* Discordamos: tal ação não era usada apenas pelo proprietário da coisa, isto é, pelo que tem o domínio pleno, mas

igualmente pelo enfiteuta, pelo administrador do vínculo etc. (Correia Teles, *Doutrina das Ações,* 42, nota 1). Por isso, no Dígesto, o dote foi especialmente incluido, embora bastasse a regra: *autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse,* como se diz em Ulpiano, L. 9, D., *de rei vindicatione, 6,1* (Paul Sokolowski, *Der Besitz im klossischen Recht,* 469, nota 469).

5. *Inalienabilidade.* Os imóveis dotaís são inalienáveis: a única exceção à inalienabilidade é a criada, inicialmente, pela cláusula do contrato dotal, que deve, sob pena de se considerar insuficiente, ser expressa (Código Civil, arts. 290, 292 e 298), o que constituí, de si, um dos mais importantes privilégios do dote.

Todavia, esse principio cede à força de certas circunstâncias e à necessidade racional de certos fins, dependendo a alienação, bem como a oneração, nesses casos excepcionais, de ser em hasta pública e por autorização do juiz competente. Diz o art. 293: "Os imóveis dotais não podem, sob pena de nulidade, ser onerados, nem alienados, salvo em hasta pública, e por autorização do juiz competente, nos casos seguintes: 1

- Se de acordo o marido e a mulher quiserem dotar suas filhas comuns. III - Em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos, para subsistência da família. 111 - No caso da primeira parte do § *2ª*ão art. 299.

IV - Para reparos indispensáveis à conservação de outro imóvel ou imóveis dotais. V - Quando se acharem indivisos com terceiros, e a divisão for impossível, ou prejudicial. VI - No caso de desapropríação por utilidade pública. VIII - Quando estiverem situados em lugar distante do domicílio conjugal, e por isso for manifesta a conveniência de vendê-los." E o parágrafo único: "Nos três últimos casos, o preço será aplicado em outros bens, nos quais ficará sub-rogado." Sete são as hipóteses: 1 - Se de acordo o marido e a mulher querem dotar as filhas comuns. O Código Civil não permite à mulher e ao marido, com os bens dotaís, dotar ou doar aos filhos varões, como Correia Teles *(Digesto Português,* III, 23), firmado em Antônio de Sousa de Macedo e no Código Civil francês, julgava possível; nem, tampouco, constituir com eles dote ou doação a filho de leito anterior. O Código Civil é explícito (art. 293, 1): "... suas filhas *comuns".* III - Em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos para a subsistência da família (Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* 111, 170). É no livro desse jurista que se encontra o parecer mais próximo

do Código Civil. Essa exceção tem como fundamento a obrigação da mulher de alimentar —subsidiariamente —

a família, o que frisara, no seu tempo, G. A. Struve. 111 - Para pagamento de dividas da mulher, anteriores ao casamento, quando não houver, ou não bastarem os seus bens extradotais, os frutos dos bens dotais e os móveis que por ela ou por outrem foram constituídos em dote (arts. 293 e 299), exceção que nao tem fundamento plausível e que elide, de certo modo, o caráter jurídico e privilegiado do dote imobiliário. Operou-se, nesse sentido, mais uma variação jurídica. No direito anterior, o dote respondia apenas pelas dívidas, que o tivessem obrigado antes do matrimônio (Correia Teles, *Digesto Português,* ed. de 1909, III, nota 136, 23), e essas só poderiam ser as do dotador (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 146). Em todo o caso, referindo várias passagens do direito romano e dos reinícolas, Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas,* IIII, 15) generalizou a possibilidade de execução quanto a dívidas da mulher: . . - se a divida for contraída pela mulher antes do matrimônio, porque por ela pode prosseguir a execução dos bens dotais, não se considerando o dote senão o que fica, deduzidas as dividas". Fora preferível que o Código Civil houvesse empregado os dizeres de Correia Teles, e não os de Pereira e Sousa, incompletos e defeituosos. Incompletos, porque o imóvel dotal podia estar hipotecado a alguém pelo dotante, e seria injusto proibir-se a execução; defeituoso, porque admitiria, em sua letra, a execução do dote por dívidas da mulher, embora fosse um estranho o dotador, o que tem de sofrer exceção necessária: se o dote é inalienável, *explicitamen te,* por ser uma das cláusulas do contrato dotal, ou *implicitamente,* por se ter estipulado a reversão do dote ao dotador (art. 283), quando se dissolver a sociedade conjugal. IV - Para reparos indispensáveis àconservação de outro imóvel ou de outros imóveis dotais (L. 85, D., *de iure dotium,* 23, 3). O direito anterior permitia tais despesas, indistintamente, para reparação dos outros bens dotais. Hoje, não: os bens imóveis não podem ser alienados ou onerados para a conservação dos bens móveis, nem para o conserto e a reparação dos bens extradotais, quaisquer que sejam. V

- Quando se acham indivisos com terceiros, e a divisão é impossível, ou prejudicial; mas, nessa hipótese, o preço deve ser aplicado em outros bens, em que ficarão sub-rogados, e tais bens recém-adquiridos, quer sejam móveis, quer imóveis, ficam, como o anterior, sujeitos ao princípio da inalienabilidade. VI - No caso de desapropriação por utilidade pública em que se tem, igualmente, de empregar o preço em outros bens, em que se sub-rogará o antigo para todos os efeitos. VIII - Quando estiverem em lugar distante do domicilio conjugal, e por isso for manifesta a conveniência de vendê-los, devendo-se, como nos dois

casos anteriores, substituir por outros, que entrarão no dote com as mesmas clausulações do sub-rogado (art. 293, parágrafo único).

d

6.

Alienação e responsabilidade do marido. O marido responderá pela alienação: *a)* Se a fez fora dos casos acima referidos. 14 Se usou de simulação, invocando alguma daquelas exceções. *c)* Se deixou de empregar o preço. O juiz ficará subsidiariamente obrigado em todas as três hipóteses, pois que lhe cabe autorizar e providenciar quanto à sub-rogação, à venda, ou ao gravame.

7. *Bens móveis e bens imóveis.* 1 - Sát bens móveis os suscetiveis de movimento próprio *(semoventes),* ou de remoção por força alheia. Consideram-se móveis, todavia, para os efeitos legais, e como tais passam ao domínio do marido quando dados em dote:

a) os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; *b)* os direitos de obrigação e as ações respectivas; c) os direitos de autor; *d)* os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, e os que readquirem essa qualidade pela demolição de algum prédio (arts. 47 e 49). III

- São

bens imóveis e, como tais, o seu domínio não se transfere ao marido, se forem constituídos em dote: *a)* o solo, com os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo a superficie, as árvores e os frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo; *b)* tudo quanto o homem incorpora permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e as construções, de modo que se não possam retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano; *c)* tudo quanto, no imóvel, o proprietário mantém intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. Também se consideram imóveis para os efeitos legais: *d)* os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e a ações que o asseguram; *e)* as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade; o direito à sucessão aberta (arts. 43 e 44).

8. *Indenização do seguro.* Também deve ser aplicada em outros bens a indenização do seguro que o marido receber, em ocorrendo sinistro do imóvel dotal, ou móvel dotal, cujo domínio se não transferiu ao marido.

9. *Código Civil, art. 291.* Diz o art. 291: "O imóvel adquirido com a importância do dote, quando este consistir em dinheiro, será considerado dotal." Se o dote foi só prometido, e o dotante o pagou em imóvel (dação em soluto), ~é inalienável esse? Desde que o recebeu o marido, claro que sim; nenhuma razão tinha Clovis Bevilacqua, que estava sempre pronto a querer inutilizar os princípios que não vieram do seu Projeto.

Esse adotava a regra contrária.

10. *Código Civil, art. 294.* Estatui o art. 294: "Ficará subsidiariamente responsável o juiz que conceder a alienação fora dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar na sub-rogação do preço em conformidade com o parágrafo único do mesmo artigo."

Passada em julgado a decisão proferida na ação de nulidade do ato de alienação, se houve autorização judicial para ele, a certidão é suficiente para, com a prova de não se haver composto o dano, se pedir a condenação do juiz. A responsabilidade não é solidária; mas subsidiária. Dá-se o mesmo se não providenciou quanto à sub-rogação.

§ 925. Cláusulas relativas ao domínio dos bens dotais

1. *Contrato dotal.* No contrato dotal, é lícito estipular-se a transferência de domínio dos bens imóveis ao marido, ou a não-transferência dos próprios bens móveis. Na falta de cláusula expressa, reputam-se alheados os bens móveis e não alheados os bens imóveis.

2. *Direitos do marido.* Os direitos do marido, quanto aos bens dotais, ou

emanam de presunção de contrato, e nesse caso as regras do parágrafo anterior se aplicam *ex potestate legis,* ou nascem convencionalmente, quando se dispôs a respeito no contrato dotal.

3.

Cláusulas e pactos permitidos. Entrê as cláusulas, ou pactos permitidos, enumeram-se os seguintes: *a)* d

Alguns ou todos os bens móveis são do domínio da mulher, ou dos dotadores. *b)* Alguns ou todos os imóveis dotais são transferidos ao marido. c) Todo o dote é do domínio do marido. *d)* Todos os bens são do domínio da mulher.

4.

Casamento e contrato de casamento. Por ser da essência do casamento, e não dos regimes de bens, não é lícito inserirem-se cláusulas que excetuem o princípio pelo qual o marido não pode alienar ou onerar os bens imóveis sem assentimento da mulher. São possíveis, porém, as estipulações que permitam a alienabilidade dos imóveis dotais (Código Civil, art. 292, combinado com o art. 290), correndo por conta do marido os riscos e vantagens que lhes sobrevierem, sem se dispensar, todavia, a outorga uxória. E preciso que se distingam o *contrato antenupcial* e o *casamento.* Esse é a união legítima do homem com a mulher; aquele é contrato pecuniário, que se pode definir como o conjunto de convenções feitas quanto aos interesses econômicos. Os princípios que exigem, para certos atos do marido, assentimento da mulher, e, para certos atos da mulher, o assentimento, dito, no Código Civil, autorização do marido, são de interesse público e não pertencem ao *contrato antenupcial,* que é contrato acessório, e sim ao *casamento,* que é o contrato principal. O Código Civil (art. 256) permite alterações nos x-egimes e escolha de regime. Portanto, limita as cláusulas ao *contrato antenupcial.* A inalienabilidade dos imóveis dotais é privilégio do dote. ~Pode-se, no pacto antenupcial, elidir essa inalienabilidade? Parece que Teixeira de Freitas respondia negativamente *(Consolida çáo das Leis Civis,* art. 88, nota 6); mas errava o grande jurisconsulto, pois tal inalienabilidade se funda em motivos de interesse privado (Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* IV, 388). A questão torna-se mais fácil de ser discutida diante do texto do Código Civil (art. 256). Em França, o Código Civil havia dito, no art. 1.557, que o imóvel dotal podia ser alienado quando a alienação tivesse sido

permitida pelo contrato de casamento. Ao analisar o artigo, argumentou Baudry-Lacantinerie *(Précis de Droit civil,* IIII, 272): “Cette disposition est mutile en présence de l‟art. 1.387, qui autorise dans les contrats de mariage toutes les stipulations non contraires aux bonnes moeurs et àlordre public.”

Contudo, é preciso advertir-se: 1) A cláusula do contrato de casamento, que autoriza a alienação dos imóveis dotais, não admite ao marido a livre disposição do preço; em falta de cláusula expressa, o apurado deve-se

aplicar em outros bens, em que os anteriores ficarão sub-rogados. 2) A aplicação do preço, se necessária, constitui requisito de validade da alienação, de modo que o adquirente é obrigado, em seu próprio interesse, a velar pela sub-rogação. 3) É lícito no pacto antenupciaí (e nunca depois da celebração do matrimônio), ou no contrato de dote pós-nupcial, estipular-se a irresponsabilidade dos adquirentes quanto à aplicação.

5.

Gravame. Pelo mesmo motivo acima, são lícitas as cláusulas antenupcíaís que autorizem os cônjuges a hipotecar os imóveis dotais. Depois de hesitações, a doutrina e a jurisprudência francesas acabaram por admitir a cláusula que conceda gravame dos imóveis dotaís. No direito brasileiro, tal permissão deriva, imediata e necessariamente, da alienabilidade dos imóveis dotais estipulada no pacto antenupcíal, ou no contrato de dote pós-nupcial. O imóvel adquirido com o preço do alienado é submetido ás mesmas clausulações desse. Salvo cláusula expressa no contrato dotal, o imóvel alienado deve ser sub-rogado.

6.

Código Civil, art. 297. Diz o art. 297 que, “se o marido não tiver imóveis, que se possam hipotecar em garantia do dote, poder-se-á no contrato antenupcíal estipular fiança, ou outra cauçao . Tem o marido de, para garantia do dote, subordinar à hipoteca legal bens imóveis de sua propriedade, segundo o art. 827, 1, se bem que, *contra terceiros,* a hipoteca legal somente seja eficaz se registrada no Registro de Imóveis (art. 828; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167,1, 2). Se

o marido não tem imóveis, outra garantia pode ser adotada no pacto antenupcial: fiança, ou caução. Se não se estipulou uma ou outra, depois não se pode exigir Mas a hipoteca legal recaí sobre os imóveis que o marido venha a adquirir.

Resta saber-se se, tendo Imoveis o marido, pode, *no pacto antenupcial,* ser substituida pela caução, ou pela fiança, a hipoteca legal. A resposta tem de ser afirmativa, posto que, após o casamento, a substituição da hipoteca legal pela caução ou pela fiança não seja permitida.

A caução e fiança, que são menos, pbdem, depois do casamento, ser substituidas pela hipoteca, *já agora convencional;* porque essa é mais, e caução e.

As vantagens, pela mesma razão, ficam atribuidas ao marido, que delas se aproveita, bem como dos frutos.

2. *Transferência ao marido.* Não se reputa transferido ao marido o dote ou parte do dote consistente em dinheiro: *a)* quando no contrato dotal se destine todo, ou parte do dote em dinheiro, para a aquisição de imóveis, ou mesmo móveis cujo domínio, por expressa disposição, não se transfira; *b)* quando se destine à d

compra de determinada coisa que se considere de domínio da mulher, ou do dotante; c) quando o marido, *sponte sua,* adquira algum imóvel com todo, ou parte do dinheiro em que consiste o dote (Código Civil, art.

291), e tal imóvel fique considerado dotal para todos os efeitos; *d)* quando o dinheiro renda juros e no contrato dotal se estipule a intransferência do domínio ao marido, ou a sua inalienabilidade pela mulher, o que a tanto equivale.

3. *Cláusula inexistente.* E considerada inexistente a cláusula do pacto dotal que equipare o dinheiro a imóvel dotal, se a espécie monetária não rende. O dote tem por fim auxiliar o marido, com os frutos, os encargos do matrimônio, e a inalienabilidade do dinheiro que não vença juros elidiria a finalidade do regime dotal. Isso não quer dizer que seja proibida a cláusula de inalienabilidade de determinada

quantia. O que não se admite é a dotalização de quantia inalienável que não possa render, pois que o marido seria, então, simples depositário, sem interesses. A quantia alienável pode ser dotada, porque ao marido é dado empregá-la e colher-lhe os frutos, ao passo que a quantia inalienável, que não tenha rendimentos, não lhe permite percebê-los: seria inútil a dotalização.

§ 926. Dote entregue em dinheiro

1.

Dinheiro. O dinheiro, que é móvel fungivel por definição, considera-se transferido ao marido, que dele pode dispor, salvo a responsabilidade pelos riscos e prejuízos que, em qualquer emergência, sobrevierem.

§ 927. Impreseritibilidade das pretensões relativas a imóveis dotais 1.

Constância da sociedade conjugal. As pretensóes relativas aos imóveis dotais, por isso que são inalienáveis, não prescrevem durante a sociedade conjugal; mas prescreve, sob a responsabilidade do marido, a pretensão irradiada do direito aos móveis dotaís ou aos imóveis expressamente a eles equiparados (Código Civil, arts. 298, 292 e 290, parágrafo único). Lê-se no art. 298: "O direito aos imóveis dotais não prescreve durante o matrimônio. Mas prescreve, sob a responsabilidade do marido, o direito aos móveis dotais." Tal regra, quanto aos imóveis inalienáveis, tanto concerne àusucapião deles, como à prescrição das pretensões (Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* IV, 388). Por exemplo: não corre prescrição contra o dote imobiliário em favor de quem quer que estabeleça direito sobre ele, nem, tampouco, se produz a extinção da servidão estabelecida a favor dos fundos dotais. Em suma: terceiro não pode adquirir pela usucapião, durante a sociedade conjugal, a propriedade do imóvel dotal, ainda que o possua com título e boa-fé; nem usufruto imobiliário, que faça parte do dote, servidão ativa, ou qualquer outro direito pertencente ou equiparado aos imóveis dotais, se pode extinguir pela prescrição, durante a sociedade conjugal.

2. *Prescrição antes iniciada.* ~Podem prescrever as pretensões relativas a imóveis dotais quando a prescrição começou antes do casamento? A doutrina e a jurisprudência francesas e italianas são acordes em responder afirmativamente. Seguem-nas os juristas brasileiros. Os bens imóveis são inalienáveis e, portanto, imunes àprescrição, porque o fim do dote é auxiliar o marido, com os seus frutos, nos encargos da sociedade conjugal.

Se, ao começar o casamento, os cônjuges não procuraram, em tempo, reivindicar os imóveis dotais, ou não interromperam, pnº qualquer dos meios legais (Código Civil, art. 172, I-V), a prescrição quanto às pretensões relativas aos bens imóveis ou direitos reais, a lei civil seria injusta se não protegesse os cónjuges contra o terceiro que possui o imóvel ou o direito, cujo tempo de usucapião ou prescrição cessou de correr.

3.

Dote instituido por estranho. Quando o dote é instituido por estranho depois do casamento, a imprescrítibilidade somente pode começar da data do registro. Os imóveis dotais declarados alienáveis são prescritíveis, porque a imprescritibilidade é corolário da inalienabilidade. Quando são inalienáveis, prevalece a imprescritibilidade quanto aos imóveis, ou móveis, para tais efeitos, equiparados a bem de raiz, quer a alienação tenha sido feita pelo marido, pela mulher, ou por ambos juntamente, uma vez que a inalienabilidade não entende com a capacidade ou poder da mulher ou do marido, mas com a qualidade dos bens (Almeida Oliveira, *A Prescrição,* nota 30, 97: "Essa condição não se modifica, só porque o marido e a mulher, em vez de obrarem separados, obram conjuntamente. Por outra, se não está no poder dos cônjuges alterar a condição d

dos bens, não podem eles fazer juntos o que qualquer dos dois não pode fazer só." Modo um dos cônjuges, ou anulado o casamento, cessa a inalienabilidade, e com ela tornam-se prescritíveis as pretensões quanto aos imóveis.

4.

Casamento nulo. O casamento nulo (salvo a hipótese da putatividade) é

de nenhum efeito quanto ao regime dos bens, de modo que a inalienabilidade e a imprescritibilidade dos imóveis, passada em julgado a sentença constitutiva negativa de nulidade do casamento, *nunca existiram:* direitos que outrem tenha estabelecido neles, durante a sociedade conjugal, são existentes e continuam a ocorres salvo o caso da nulidade sanável do art. 208. O mesmo não se poderia dizer quanto ao casamento anulável: ratificado, a ratificação retrotrai os seus efeitos à data da celebração, e nesse caso consideram-se inalienáveis e imprescritíveis, desde ai, os imóveis dotais ou bens móveis a eles equiparados, e, no caso de ser proferida a sentença anulatória, só então se considerará dissolvido o casamento e, desde a data da celebração até a da sentença, não correu a prescrição. O que dissemos em relação ao casamento anulável que se ratificar é inteiramente aplicável ao casamento nulo por incompetência do juiz *(art.* 208), pois que a nulidade se considera sanada, se não se alega dentro de dois anos após a celebração. Se, porém, é julgado nulo o casamento, por ser requerida a decretação dentro do prazo, a inalienabilidade e a imprescritibilidade dos bens dotais não existem, nem existiram, nem mesmo no período que medeía entre a celebração e a decretação da nulidade. Essa é, justamente, a semelhança essencial entre a nulidade sanável (art. 208) e as anulabilidades, com a eficácia *ex tunc* da sentença, que é constitutiva negativa.

5. *Putatividade.* Se o casamento nulo ou anulável é declarado putativo em favor de ambos os cônjuges, do marido ou da mulher, os bens dotais, que o são, continuam inalienáveis e imprescritíveis, desde a data da celebração até a dissolução da sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges. Eficácia *ex tunc* da parte *declarativa* da sentença. As razões são transparentes: *a)* quando o casamento é putativo em relação ao marido, porque lhe assiste o direito aos frutos colhidos até a dissolução da sociedade conjugal, e a alienação ou prescrição destruiria as fontes desses frutos; *b)* quando putativo em relação à mulher, porque a inalienabilídade e a imprescritibilidade persistem enquanto vigora o casamento, e o casamento putativo é inteiramente equiparado ao casamento válido em relação a ela; c) se putativo em favor de ambos os cônjuges, pela dupla razão das letras *a)* e *h).* Se há separação judicial, por isso que não se dissolve o matrimônio, mas apenas a sociedade conjugal, e podem os cônjuges a todo o tempo restabelecê-la, os imóveis dotais podem perm[a]necer inalienáveis e imprescritiveis. Os *privilégios dotais,* esses, só cessam quando cessa inteiramente a eficácia registrária do pacto ou do dote.

§ 928. Nulidade das alienações e onerações sobre bens imóveis

1. *Tempo de legitimação ativa.* A decretação da nulidade do ato pelo qual o marido alienou ou gravou os bens dotais pode ser promovida pela mulher, ou por seus herdeiros. Tal ação não prescreve; prescreve em quatro anos a ação real para desobrigar ou reivindicar os bens dotais, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (art. 178, § 9ª 111). Lê-se no art. 295: "A nulidade da alienação pode ser promovida: 1 - Pela mulher.

III - Pelos seus herdeiros." E no parágrafo único: "A reivindicação dos móveis, porém, só será permitida, se o marido não tiver bens com que responda pelo seu valor, ou se a alienação pelo marido e as subseqúentes entre terceiros tiverem sido feitas por título gratuito, ou de má-fé." Trata-se de exceção de solvabilidade do marido e de *objeção* de aquisição por se tratar de aquisição a título oneroso, de boa-fé, ou gratuito, com má-fé ou com boa-fé.

2. *Reivindicação.* A reivindicação dos bens imóveis pode ser intentada independentemente dos recursos que possua o marido para responder por seu valor. A reivindicação dos bens móveis, porém, só é permitida se o marido não tiver bens com que responda pelo seu valor, e se a alienação pelo marido e as subsequentes entre terceiros tiverem sido feitas a titulo gratuito, ou de má-fé (art. 295, parágrafo único). Se o marido ou a mulher alheiam ou gravam, indevidamente, o dote, a ação compete, não só àprópria mulher e aos seus herdeiros, como também, em caso de cláusula reversiva, ao dotante, ou herdeiros dele. O marido fica obrigado por perdas e danos aos terceiros prejudicados com a nulidade, se no contrato de alienação ou oneração não se declara a natureza dotal dos imóveis. Diz o art. 296: "O marido fica obrigado por perdas e danos aos terceiros prejudicados com a nulidade, se no contrato de alienação (arts. 293 e 294) não se declarar a natureza dotal dos imóveis." A regra juridica, excepcional, abstrai da eficácia do registro.

d

§ 929. Dívidas passivas no casamento dotal

1. *Comunicação.* No regime dotal, não se comunicam, de regra, as dívidas contraídas por um só dos cônjuges antes ou depois de efetuado o casamento. A responsabilidade de cada um dos cônjuges é determinada pela causa e origem da divida. Lê-se no art. 299: "Quanto às dividas passivas, observar-se-á o seguinte: § 1ª As do marido, contraídas antes ou depois do casamento, não serão pagas senão por bens particulares. § 2ªAs da mulher, anteriores ao casamento, serão pagas pelos seus bens extradotais, ou, em falta destes, pelos frutos dos bens dotais, pelos móveis dotais e, em último caso, pelos imóveis dotais. As contraídas depois do casamento só poderão ser pagas pelos extradotais. § 39 As contraídas pelo marido e pela mulher conjuntamente poderão ser pagas, ou pelos bens comuns, ou pelos particulares do marido, ou pelos extradotais." 2.

Incomunicação. Manda o Código Civil que se observe o seguinte, qua.nto às dívidas passivas: as do marido, contraidas antes, ou depois do casamento, só são pagas pelos seus bens particulares; as da mulher, anteriores ao casamento, pelos seus bens extradotais, ou, em falta desses, pelos frutos dos bens dotaís, pelos móveis dotais e, em último caso, pelos imóveis dotais; as contraidas pela mulher depois do casamento só podem ser pagas pelos bens extradotais; e as contraídas pela mulher conjuntamente com o marido podem ser pagas, ou pelos bens comuns, ou pelos particulares do marido, ou pelos extradotais incomunicáveis (art. 299).

O art. 299, inserto pela Comissão Revisora, atravessou a discussão parlamentar sem encontrar quem o corrigisse. O interessante é que temos de interpretá-lo com a remissão esporádica — e mesmo defeituosa —

feita, no art. 288, aos arts. 274 e 275, máxime esse último que, por sua vez, remete aos arts. 242-244, 247, 248

e 233, V, hoje IV. Essa má redação da regra legal permite algumas dúvidas. No caso de serem as dívidas contraídas por ambos os cônjuges, nºdevem ser pagas por qualquer uma das classes de bens referidas no art.

299: "bens comuns, particulares do marido, e extradotais"? A imediata interpretação do texto assim permite crer; mas oultra é a *ratione legis,* e nem seria admissível que se cobrassem as dividas comuns sobre os bens particulares do marido *ou* os extradotaís incomunicáveis. Se ambos os cônjuges contraírem, ambos se obrigam; porém tal obrigação

seria injusta, se fosse obrigação de um so.

Tais questões têm de ser examinadas por parte, esteando-se as soluções, quanto possivel, nos antecedentes jurídicos e doutrinários cio nosso povo e dos Lusitanos, bem como ligando-as àremissãu do art. 288 aos arts.

274 e 275.

3.

Dívidas solidárias, As dívidas solidárias de ambos os cônjuges podem ser pagas pelos bens comuns.

Na falta desses bens, — pelos particulares do marido e pelos extradotais, na razão do proveito que cada qual houver obtido.

Pelas dívidas contraídas por ambos os cônjuges para a sus-tentação dos ônus do casamento, a mulher é apenas responsável subsídiariamente, quando os bens comuns e os particulares do marido não bastarem, sendo que, na falta de todos esses bens, a mulher é obrigada pelos extradotais, provada a impossibilidade absoluta de prover de outro modo à alimentação da família (art. 293, III). A obrigação de prover à mantença da família é obrigação pessoal do marido (Antônio da Gama, *Decisiones,* 483; Álvaro Valasco, *Praxis Partitionum et Collation um,* 141); para esse fim, são-lhe dados os frutos do dote; e a comunhão dos bens extradotais, em falta do pacto, só se poderia ter admitido com o intuito de responder ele por esses encargos da vida em comum. Os credores só subsidiariamente podem cobrá-las aos bens parafernais incomunicáveis, que são bens *próprios* da mulher.

(O erro do Código Civil em distinguir, absurdamente, extradotais e parafernais, sem manter, no corpo das outras seções, a inventada sutileza, traz sérios embaraços à boa exegese das matérias relativas aos bens dotaís e ao regime dotal. No art. 299, por exemplo, já se faz distinção entre bens comuns e extradotais, quando os extradotaís, em falta de pacto contrário, também se comunicam e formam, com os adquiridos, os únicos bens comuns do regime dotal.)

Se as dividas para prover às necessidades alimentares da família foram contraídas apenas pelo marido, os bens dotais ou mesmo extradotais

incomunicáveis da mulher não podem, em caso algum, responder por elas; devem ser pagas pelos frutos do dote, dos bens comuns e, na falta desses, pelos bens particulares do marido. O

Código Civil, art. 299, § E, coincide, nesse ponto, com a velha e sã doutrina: "Uxor, quae nupsit per cartam", escrevia Álvaro Valasco *(Opera Omnia,* III, 72 e 73), "non tenetur ad debita, quae contraxit maritus constante d

matrimonio, etiamsi sint facta pra alímentis utriusque et sustentatione familiae.

As dividas contraidas pelo marido para conservar ou melhorar os bens dotais correm por conta do marido, e os credores não podem cobrá-las da mulher na constância da sociedade conjugal (L. 4, D., *de impensis in res dotales Jactis,* 25, 1). Restituído o dote, pode o marido provar que as benfeitorias foram úteis e necessárias, e pedir à mulher, ou a seus herdeiros, a indenização do valor delas ao tempo da restituição (art. 307).

§ 930. Restituição do dote

1. *Fim do dote.* O fim do dote é concorrer com os frutos e rendimentos para a sustentação da familia. Não se procura com ele garantir a subsistência dos filhos: visa-se apenas subsidiar, na constância da sociedade matrimonial, a obrigação *pessoal* do marido de prover à mantença do lar (Alvaro Valasco, *Praxis Partition um,* 141). Concerne, portanto, à sociedade conjugal, e não ao vínculo. Ainda que esse persista, o dote deve ser restituido, qualquer que seja a causa da dissolução da sociedade conjugal: morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulaçãnº do casamento; separação judicial, consensual ou litigiosa; divórcio. Enuncia o art. 300: "O dote deve ser restituido pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro do mês que se seguir à dissolução da sociedade conjugal, se o não puder ser imediatamente." Salvo, entenda-se, se, devido a cláusula de reversão, há de ser restituido a quem çlotou (Corte Suprema, 19 de outubro de 1934, *RT* 104/718). ~

2.

Terminação da sociedade conjugal. Se a sociedade conjugal termina pela separação judicial, nulidade ou anulação do casamento, ou divórcio, a restituição compete ao marido, que é obrigado a fazê-lo dentro do mês que se seguir à data da sentença, se não no puder ser imediatamente.

Se a sociedade se dissolve por morte da mulher, cabe aos herdeiros dela a ação contra o marido. Se morre o marido, compete à mulher, se sobrevive; ou aos seus herdeiros, se a dotada também já faleceu.

3. *Ação para reaver o dote.* Em todos os casos em que a mulher pode reaver o dote, podem-no igualmente os herdeiros, se ela falece sem propor o que lhe é assegurado quanto à restituição do dote. De modo que pode prescrever a ação da mulher, sem que se tenha iniciado a prescrição contwa os herdeiros. E o que se induz do art. 178, § 9ª, 1, c, e III, do Código Civil: a ação da mulher começa a prescrever da dissolução da sociedade conjugal, ao passo que a prescrição contra os herdeiros só se conta do dia do falecimento da mulher. A ação para reaver do marido o dote prescreve em quatro anos, a contar da dissolução da sociedade conjugal. A ação dos herdeiros pres creve em igual prazo, que se inicia na data do falecimento da dotàda (art. 178, § 9ª, 1, *c,* e 11). É exceção ao art. 165, onde se disvõe que a prescrição iniciada contra uma pessoa *continua a* correr contra o seu herdeiro.

4. *Reversão.* Se no contrato dotal se estipulou a reversão do dote ao dotador, é óbvio que o beneficio da restituição cabe a esse, e não à dotada, ou seus herdeiros. Tal ação, por isso que o Código Civil não fixou prazo especial, prescreve, como ação pessoal, em vinte anos (art. 177); mas as ações reais, que competirem, por não serem permitidas na vigência da sociedade conjugal, e derivarem explicitamente da cláusula reversiva, prescrevem em dez anos entre presentes, ou quinze entre ausente s, a contar da dissolução da sociedade conjugal.

5. *A quem cabe restituir.* A obrigaç;ão de restituir cabe ao marido: porém o vínculo obrigacional transimite-se aos herdeiros, quer o marido faleça antes da mulher, quer antes de se consumar a restituição. Também são obrigados os herdeiros, quando se houver feito a partilha, em sucessão provisória, ou definitiva, do ausente.

6.

Prescrição. Qual o prazo da prescrição das pretensões da mulher ou dos seus herdeiros para reaver o dote, tendo sido feita a partilha por ausência do marido? O Código Civil não estabelece prazo especial. Seria, portanto, o ordinário. Nesse caso, ~de quando se começaria a contar o tempo? toda sentença que pronuncia a ausência, ou da partilha, ou da sucessão definitiva? A ação para reaver o dote começa a prescrever, conforme o art. 178, § 9ª 1, c, e III, da dissolução da sociedade conjugal. Mas a ausência do marido, ainda decretada, não dissolve a sociedade conjugal; de modo que não seria possível contar-se a prescrição desde esta data. Da mesma forma não dissolve a sociedade a partilha por sucessão provisória, nem a sucessão definitiva, que desfaz, ao muito, a comunhão de bens. Pensamos que a ação de restituição não cabe em caso de ausência; d

compete à mulher, na hipótese, requerer, judicialmente, a separação do dote, e, em conseqflência dela, a restituição. A prescrição só se conta quando se dissolve realmente a sociedade conjugal, pois, antes disso, não corre prescrição entre os cônjuges (art. 168,1), nem cessa a responsabilidade do marido quanto aos próprios móveis dotais (art. 298). Não há, por ausência, reversão ao dotador.

7.

Responsabilidade. Antes da dissolução da sociedade conjugal, não pode o marido eximir-se da sua responsabilidade, entregando previamente o dote. A única exceção à irrevogabilidade do regime é parcial, e não no altera efh substância: consiste na separação do dote, a pedido da mulher, e essa mesma, como adiante veremos fica sujeita a certas exigências.

8. *Restituição.* A restituição do dote só pode ser exigida se a mulher prova que o marido o recebeu. Presume-se recebido o dote: *a)* Se o casamento se prolongou por cinco anos depois do prazo estabelecido para sua entrega (art. 305, 1). *b)* Se o devedor é a mulher (art. 305, III). Fica, contudo, salvo ao marido o direito de provar que o não recebeu, apesar de o ter exigido (art. 305, parágrafo único). E o que, textualmente, está no art. 305: “Presume-se recebido o dote: 1 - Se o casamento se tiver prolongado por cinco anos depois do prazo estabelecido para a sua entrega. III - Se o devedor for a mulher.” E

acrescenta o parágrafo único:

"Fica, porém, salvo ao marido o direito de provar que o não recebeu apesar de o ter exigido." Portanto, se o não exigiu, em se tratando de dote de que é devedora a mulher, ou, já tendo decorrido em qualquer outro caso, está inibido de dar provas do recebimento Assim, se o devedor não é a mulher e não decorreram os cinco anos, o ônus da prova do recebimento incube à mulher, ou a outrem, que o alegue. Se decorreram os cinco anos, passa ao marido o ônus da prova de não ter recebido. Mas tal prova só se admite se o marido, dentro do prazo qúinqúenal exigira a entrega.

9. *Bens Jungíveis e bens* não-Jungíveis. O preço dos bens fungiveis, ou não-fungiveis5 quando legalmente alienados, só pode ser pedido seis mese depois da dissolução da sociedade conjugal (art. 301). "Se os móveis 5

dotais se tiverem consumido por uso ordinário, o marido será obrigado a restituir apenas os que restarem, e no estado em que se acharem ao tempo da dissolução da sociedade conjugal" (art. 302). É óbvio que a mulher mantém os objetos de uso, qlier consistam em roupa do seu uso pessoal, jóias esponsalícías dats pelo esposo antes do casamento, quer em livros, instrumento de profissão e retratos de família (arts. 263, *IX,* e 303). *Tais bens* são *incomunicáveis, assim no regime dotal como em qualquer outro.* Diz o art. 303: "A mulher pode, em todo o caso, retey os objetos de seu uso, em conformidade com a disposição do art 263, IX, deduzindo-se o seu valor do que o marido houver de restituir." Assim, também assiste à mulher o direito de retenção quanto aos objetos do seu uso, deduzido o seu valor do que o marido tenha de restituir, quando houverem sido estimados na constituição do dote, ou adquiridos com valor componente da massa dotal.

10. *Código Civil, art. 303.* O art. 303 é prova do quanto deturparam a boa doutyína o prurido de emendar e a mal compreendida rasoura estética das comissões. Mais uma vez temos de inquinar o Código Civil de ilógico e de arbitrário. O art. 352 do Projeto primitivo era translúcido: "A mulher pode, em todo caso, reter a roupa do seu uso deduzido o seu valor do que devera o marido, quando a mesma tiver sido estimada na constituição do dote." A Comissão Revisora cuja influência foi perniciosa à harmonia e ao fundo do Projeto, impensadamente emendou (art. 376): "A mulher pode, em todo o

caso, reter os objetos do seu uso, em conformidacle do art.

333, nº 8, deduzido o valor deles do que o marido dever restituir, uma vez que tenham sido estimados na constituição do dote." O art. 333, nº 8, era o atual art. 263, IX, onde se trata de bens incomunicáveis e sobre os quais não era cabível estatuír-se, especialmente, o direito de retenção. Mas não e so. O erro grave foi devido à emenda da Câmara, que suprimiu as expressões "uma vez que tenham sido estimados na constituição do dote", de modo que. se interpretássemos literalmente o art. 311 do Projeto adotado pela Comissão Especial da Câmara (1902), teríamos o disparate d~ deduzirem-se, do que o marido deve restituir, objetos incomunicáveis, como as jóias esponsalícias, roupas etc., que são absolutamente estranhos ao dote. A interpretação que damos é a única compatível com o sistema do Código Civil e com os mais rudimentares princípios de direito em matéria de regimes de bens. *Interpretatio ilia sumenda, quae absurdum evitetur*

11.

Capitais e rendas. "Se o dote compreender capitais ou rendas, que tenham sofrido dim‟tnuição ou depreciação eventual, sem culpa do marido, esse desonerar-se-á da obrigação de restitui-los, entregando os respectivos títulos" (art. 304). O marido tem, contudo, de provar não ser culpado, porque nesse caso, como nos casos em que a coisa pereceu por caso fortuito, ou força maior, se lhe presume a culpa (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família.* 154). De regra, o marido, ou seus herdeiros, devem restituir os bens d

inalienáveis e os valores dos alienáveis. Se o dote consta de coisas que caíram sob o domínio do marido, compete-lhe restituir a estimação feita no pacto antenupcíal, correndo por sua conta os riscos e vantagens, bem como os aumentos e diminuições de qualquer espécie (art. 292), só sendo possíveis, para escusar-se, as provas de se terem os móveis consumido por uso ordinário, ou da depreciação a que o art. 304 se refere quanto aos capitais e rendas. Entregues os objetos em espécie, cabe-lhe, portanto, indenizar os danos que importem diminuições do valor estimado. ~Com os bens devem ser entregues as acessões? Lafaíete Rodrigues Pereira *(Direitos de Família,* 155) respondia que sim. Pensamos, todavia, que outra deve ser a solução. Se o bem dotal acrescido estava sob o domínio do marido, correram por sua conta os riscos e vantagens; portanto, as acessões lhe pertencem. Se o domínio do bem dotal acrescido não se transferiu ao

marido, as acessões não lhe pertencem, e sim ao dote; nesse caso, pode ser obrigado o marido a entregá-las com os bens restituidos.

12.

Usufruto. Se o dote era constituído em usufruto, o marido ou seus herdeiros são obrigados somente a restituir o título respectivo e os frutos percebidos após a dissolução da sociedade conjugal (art. 304, parágrafo único: "Quando, porém, constituído em usufruto, o marido ou seus herdeiros serão obrigados somente a restituir o titulo respectivo e os frutos percebidos após a dissolução da sociedade conjugal.").

13.

Crédito. Quando o objeto do dote é crédito, o marido tem de restituir a importância, se a recebeu; ou somente o titulo, se não conseguiu realizar a cobrança (L. 2, C., *de obligationibus ei actionibus,* 4 10:

"Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen manto actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est"). As despesas, em tal hipótese, hão de ser deduzidas do dote (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 145). Se a pretensão creditónia prescreveu na constância da sociedade conjugal, a culpa é do marido, e deve restituir, não o titulo desvalorizado, mas o preço do crédito (arts. 48, li, e 298). Não são dedutíveis as despesas feitas para a cobrança: *a)* se o marido não prosseguiu na ação; *b)* se perdeu a causa por culpa sua; ou se usou de meios ineficazes. Também é responsável o marido se não demandou o devedor enquanto era solvável, ou se não fez em tempo o registro hipotecário etc. Nessas hipóteses, deve ressarcir todo o prejuízo resultante. Aliás, deve restituir o preço do crédito, e não os juros, porque os juros são rendimentos do dote e pertencem ao marido.

14.

Renúncia de crédito. Se o dote consistiu na renúncia de crédito de que o marido era devedor ou fiador, revivem o direito renunciado, a pretensão e as ações: o marido ou seus herdeiros são obrigados a

pagar à mulher, ou a seus herdeiros, a respectiva importância e os juros que se vencerem, a contar da data da dissolução da sociedade conjugal, se no crédito se estipulavam juros, ou, se não se estipularam, os legais. Se o dote se constituiu da renúncia de um direito, pretensão ou ação, como o direito àsucessão, deve o marido restituir o direito, pretensão ou ação, ou o seu objeto, com os juros legais desde a dissolução da sociedade conjugal.

§ 931. Ação de restituição do dote

1.

Código Civil, art. 300. A restituição dos bens dotais é devida, desde que se dissolve a sociedade conjugal. Para a restituição tem omarido, ou seus herdeiros, o prazo de um mês, se não pode ser imediatamente. O preço dos bens legalmente alienados só se pode pedir seis meses depois da dissolução da sociedade conjugal. É o que estatui o Código Civil, no art. 300: "O dote deve ser restituído pelo marido à mulher, ou aos seus herdeiros, dentro do mês que se seguir à dissolução da sociedade conjugal, se não o puder ser imediatamente (art. 178, § *9ª,nº* 1, c), e nº III)." Acrescenta no art. 301: "O preço dos bens fungíveis ou não fungiveis, quando legalmente alienados, só pode ser pedido seis meses depois da dissolução da sociedade conjugal."

2.

Ação de reivindicação e ação hipotecária. Se o marido ou seus herdeiros não restituem o dote no tempo devido, para havê-lo compete à mulher, e, se falecida, aos seus herdeiros, duas ações diversas: *a)* A ação de reivindicação (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 163). O dote que tem de ser restituido ámulher há de o ser a ela mesma, ou aos seus herdeiros. Aos seus herdeiros, ainda que tenha a mulher falecido *depois de dissolvida* a sociedade conjugal, se lhe não foram entregues (Paul Speck, *Das gemeinrechtliche Dotalsystem,* 10). No velho direito romano, o dote profectício ia ao dotador, o dote adventício ao marido, e d

não aos herdeiros da mulher. A ação de reivindicação exerce-se contra o marido ou os seus herdeiros, ou contra terceiro que detenha os

imóveis, pelos bens de que ela é credora de domínio. A reivindicação dos móveis só será permitida, se o marido não tiver bens com que responda pelo seu valor, ou se a alienação pelo marido e as subsequentes entre terceiros tiverem sido feitas por título gratuito ou de má-fé (art. 295, parágrafo único). É pela ação de reivindicação que se pedem também as acessões, os frutos, os danos e o mais que se deva restituir. Quando no contrato dotal há pacto reversivo, pelo qual o dote, finda a sociedade conjugal, pertence ao dotador compete a esse a mesma ação, ou a de cobrar o seu valor, quando não é obrigatória a restituição em natura. Do recebimento do dote pelo marido é que nasce a sua obrigação de restitui-lo. Dai ser necessário que se prove a tradição (Jorge de Cabedo, *Decisiones,* 1, 354). Discutindo a Ordenação Filipína do Livro IV, Título 9, Jorge de Cabedo assentou, pela primeira vez, com clareza, essa doutrina: "ibi *(trouxer)* non enim lex per verbum *prometter* locuta est, sed per verbum *trouxer* quod idem significat, quod latine dicitur, habuerit in dotem, verbum enim *(feio)* inter alias significationes hanc etiam habet". Tal tradição, em certos casos, se presume, como já vimos; nos outros casos, quaisquer provas são admitidas. A confissão do marido, todavia, se bem que suficiente para o efeito de obrigá-lo à restituição, não faz prova contra terceiro. Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* III, 163) dizia que a própria confissão feita no contrato dotal não tinha tal efeito, porque podia ser fraudulenta. Mas sem razão: a declaração em tais casos não é *confissão,* e sim *documento público,* pois que o contrato dotal o é. A fraude, se existe, tem de ser provada pelos terceiros que se sintam lesados. *b)* A *ação hipotecá ria* contra o marido ou os seus herdeiros ou contra terceiro, detentor dos imóveis do marido, para cobrar os valores dos bens de cujo preço ela é credora hipotecária (art. 827, 1). O

Código Civil diz apenas: "a lei confere hipoteca à mulher casada". Mas éóbvio que tal direito se transfere aos herdeiros da mulher, porque "não se trata de privilégio *pessoal,* mas *real,* e concedido à causa,como dizia, singelamente, Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* IIII, 124). A hipoteca, em tal espécie, garante todos os bens e valores que formam o dote, e recai sobre todos os imóveis que o marido possuía ao tempo do casamento e os que de futuro adquire, salvo sendo especializada, porque então só abrange os imóveis designados, embora o marido, se foi ele quem registrou a hipoteca legal, fique sujeito a perdas e danos pela omissão (art. 845).

3.

Hipoteca legal. Em relação ao marido, a hipoteca legal se estabelece tacitamente desde que se efetua o casamento (Correia Teles, *Digesto Português,* III, 23), ainda que o dote consista em herança futura, em bens a adquirir, ou em bem que só deva ser entregue posteriormente à data da constituição antenupcial do dote (Antônio Gomes, *Opus super Legibus Tauri,* 259, verso: et breviter et resolutive dico quod a tempore solutionis et traditionis ipsius dotis: imo quod magis est, etiam si ipse futurae numerationis et dotis recepiendae maritus eam promissit reddere et solvere uxoris haeredibus, *incipit a tempore contracti matrimonIII et prom is* sionis"). O registro é paranaficácia quanto a terceiros.

Se o dote foi instituido por estranho, já na constância da sociedade conjugal, o que o Código Civil não proibe, antes faculta, a hipoteca legal, em relação ao marido, deve começar da data do contrato dotal.

§ 932. Registro da hipoteca legal

1.

Quem não pode requerer. O registro pode ser requerido: *a)* pelos parentes sucessíveis da mulher, quando interessados, isto é, —quando o dote não tem cláusula reversiva, ou não consiste em usufruto etc.; *b)* pelo dotador ou pelos parentes sucessíveis do dotador, quando interessados, isto é, quando se dispôs a reversão do dote ao dotador A mulher, o dotador ou os seus parentes sucessiveis, podem, mostrando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir que a hipoteca legal seja reforçada com outros bens, posteriormente adquiridos pelo marido (art. 819).

A hipoteca legal pode ser substituida pela caução de títulos da divida pública federal, ou estadual, recebidos pelo valor da sua cotação mínima no ano corrente (art. 820). As pessoas a quem incumbem o registro das hipotecas legais ficam sujeitas a perdas e danos pela omissão.

2.

O que deve conter o registro. O registro da hipoteca deve incluir: "1) a data; 2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmítente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; d

3) o título da transmissão ou do ônus; 4) a forma do título, sua procedência e caracterização; 5) o valor do contrato, da coisa ou da divida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver." (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 176, § 1ª, IIII). Se a mulher tem outro domicílio em que possa ser encontrada e citada, é-lhe facultado também designá-lo. Incumbe ao marido, ou ao pai, requerer o registro da hipoteca legal da mulher casada (art. 839). Consideram-se interessados em requerer o registro, no caso de não no fazer o marido ou o pai, o dotador, a própria mulher e quaisquer parentes sucessiveis (art. 839, § 2ª).

3.

Interessados. O Código Civil, art. 839, § 2ª, diz: "Consideramse interessados em requerer a inscrição desta hipoteca, no caso de o não fazer o marido ou o pai, o dotador, a própria mulher e qualquer dos seus parentes sucessíveis." ~*Seus,* da mulher somente, ou *seus,* da mulher e do dotador? Gramaticalmente, o possessivo refere-se, na espécie, à mulher, mas tal solução seria absurda, pois que importaria, no caso de cláusula de reversão do dote ao dotador, deixar os herdeiros desse sem garantias, que em direito justo não se lhes poderão negar. Demais, se o fim da lei fosse só atribuir aos parentes da mulher tal faculdade de promoção, não se poderia, pelo texto do Código Civil, nem pelos documentos da elaboração parlamentar, ter como absoluta tal afirmativa, porquanto no Projeto primitivo havia uma *vírgula* entre a palavra "mulher" e a conjunção "e"; "dotador, a própria mulher, e qualquer dos seus parentes sucessiveis 4.

Terceiros. Em relação a terceiros, a hipoteca só tem efeito quando registrada (art. 828). Só então pode a mulher ou podem os seus herdeiros usar da ação hipotecária contra os terceiros que tenham, por ato posterior, os imóveis designados. Em virtude disso, sendo alienados ou onerados certos imóveis, antes do registro, não pode a

mulher exercer a ação hipotecária contra o possuidor do imóvel, ou credor do marido.

§ 933. Direito aos nºatos dotais e à defesa deles

1.

Administração. "Na vigência da sociedade conjugal", estatuí o art. 289, "é direito do marido: 1 -

Adminisfrar os bens dotais. III - Perceber os seus frutos. IIII - Usar das ações judiciais a que derem lugar." *Administrar* é praticar todos os afos que digam respeito àconservação, solução de tributos fiscais, a medidas que preparem a produção e levem a termo a percepção dos fmtos. Nos poderes de administração cabem: *a)* os de arrendar; *b)* o de cobrar dívidas dotais, dando quitação; *c)* o de propor quaisquer ações judiciais, ao que, aliás, explícita e separadamente se refere o Código Civil, art. 289, IIII.

2.

Culpa do marido. Se o marido, por culpa sua, não administra, não percebe os frutos, ou não cobra créditos, ou não propõe, em tempo e eficazmente, as ações, responde à mulher pelos danos. Os frutos são para *auxílio* na mantença da família, e não simplesmente *para* o marido. Todavia nada obsta a que apresente créditos dotaís em compensação de dívidas próprias, salvo se não transferida a titularidade deles. Os credores do marido, se houve transferência dos créditos dotais (art. 290), podem alegar compensação. Há sempre compensação entre a divida (e os juros da divida do marido) e os juros do crédito dotal.

3.

Ações do marido. As ações de que pode usar o marido são quaisquer, inclusive a de reivindicação.

Porém daí não se tire que o marido possa litigar acerca de bens

imóveis dotais, ou sobre bens móveis dotais cujo domínio não se lhe transferiu, ou sobre direitos reais, dotaís, sem a formalidade do art. 235, 1 e III, —

formalidade que independe do regime matrimonial de bens e cabe, ainda se se adotou a separação absoluta. O

art. 289, IIII, não éexceção ao art. 235, 11. A solução francesa, a esse propósito, éimpertinente. As ações reais sobre os bens imóveis dotais ou sobre bens móveis, cujo domínio não se transferiu ao marido, têm de ser propostas contra o marido e a mulher. Só obrigam a mulher se ela foi citada. Vale o mesmo nas ações divisórias, de desapropriação e nas de igual ou semelhante natureza.

4.

Se o marido não propõe as ações que devia propor. Se o marido não propõe as ações que devia propor, a mulher pode documentar-se para a prova eventual da culpa, ou, se há o receio a que alude o art. 308, requerer a separação do dote. Intentada a ação de separação do dote, é permitido ao juiz autorizar a propositura das ações que não podem esperar; e à mulher, antes ou depois do pedido, é dado usar dos meios que interrompam a prescrição ou sirvam à conservação dos seus direitos.

d

§ 934. Benfeitorias dos bens dotais

1.

Código Civil, art. 733, 1 e 111 Ao marido, por isso que é tido como usufrutuário, competem as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu, os foros, as pensões e os impostos reais devidos pela posse ou pelo rendimento dos bens dotais (art. 733, 1 e III); mas não correm por sua conta as benfeitorias propriamente ditas. Daí o seu direito, transmissível aos herdeiros: 1) À indenização das benfeitorias *necessárias* e *úteis,* segundo o seu valor ao tempo da restituição: *Impensae (necessariae) dotem ipso iure minuunt* (L. 5, § 2, D.,

de pactis dotalibus, 23, 4). A parêmia romana diz-nos que o capital do dote tem de minguar com as despesas necessárias. Mas é claro que nem sempre se dá isso. Os valores dos bens dotais podem crescer (cp. K. Czvhlarz, *Das rómische Dotalrecht,* 281; Arnold Leinweber, *Die Dotalimpensen,* 12), em virtude delas. Definir despesas necessárias pelo minguar do capital é mal definir. Por outro lado, afirmar-se que, tendo-se o dote como patrimônio, com *ativo* e *passivo,* nesse é que se incluem as despesas necessárias, é certo, desde que se lance, no ativo, a valorização. Assim, *Impensae necessariae dotem ipso iure minuunt.* III) A retirar *(ius tollendi),* uma vez que possam ser extraídas sem dano ao corpo a que aderiram, as obras de mero ornato ou recreação. As benfeitorias voluptuárias, *impensae voluptuariae,* que são as qu‟~ não trazem maior utilidade aos bens, podem, todavia, aumentar o valor deles. O critério, porém, para distinguir as voluptuárias das outras é verificar se eram necessárias ou úteis, ou se não no eram. Chamam-se necessárias as benfeitorias que têm por fim manter a existência da coisa, ou preservá-la de deterioração, isto é, aquelas sem as quais não seria conservada. Benfeitorias úteis são as que, embora não sejam indispensáveis para a conservação da coisa, são todavia de manifesto proveito para qualquer possuidor (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* art. 663, nota 17, 378). A mulher pode impedir que elas sejam levadas, oferecendo-se a pagar o valor (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família,* 155). Lê-se no art. 307: “O

marido tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, segundo o seu valor ao tempo da restituição, e responde pelos danos de que tiver culpa.” O parágrafo único acrescenta: “Este direito e esta obrigação transmitem-se aos seus herdeiros” Veja Tomo III, § 139, 1.

2.

Dispositividade. A cláusula do contrato dotal que manda observar outras regras, quanto ao pagamento das benfeitorias, é nula, salvo se consiste apenas na renúncia, por parte do marido, ao direito de retenção dos melhoramentos necessários e úteis, e na especificação das benfeitorias que, a juízo do dotador, devam ser feitas antes de quaisquer outras. Seria estranhável que se nao permitisse ao marido renunciar ao direito de retenção por benfeitorias (5. Stryl□, MeIo Freire e outros). Tal era a opinião de Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* III, 145).

Não se entendem benfeitorias os gastos feitos com a cultura dos frutos, ainda que beneficiem e melhorem o terreno, pois que se descontam ou se presumem descontados dos próprios frutos.

3.

Exceptio doli. A mulher tem *exceptio doli* se o marido não procedeu como devia na determinação ou aplicação das despesas necessárias. Aliás, o marido responde mais facilmente, pois que lhe cumpre a obrigação de velar como usufrutuário (art. 260, 1).

4.

Despesas necessárias. Se todo o dote se extinguiu, não tem o marido de cobrar despesas necessárias (L. 5, § 2, D., *de impensis in res dota les Jactis,* 25, 1). Ulpiano não via no ressarcimento das despesas necessárias *necessidade lógica* (Arnold Leinweber, *Die Dotalimpensen,* 19), mas pedido do réu sobre a entrega. Com isso combatia a velha doutrina: "Si dos tota soluta sit ... quod pro impensis necessarIIIs compensari solet" (L, 5, § 2). Se tudo se perdeu perdeu-se o que nele havia de estar.

§ 935. Responsabilidade do marido pelos danos

1.

Código Civil, art. 260. Diz o Código Civil, art. 260: "O marido, que estiver na posse de bens particulares da mulher, será para com ela e seus herdeiros responsável: 1 - Como usufrutuário, se o rendimento for comum (arts. 262, 265, 271, nº V, e 289, nº III).

III - Como procuradon se tiver mandato, expresso ou tácito, para os administrar (art. 311). IIII - Como d

depositário, se não for usufrutuário, nem administrador (arts. 269, nº III, 276 e 310)." Acrescenta o art. 307:

"O marido tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, segundo o seu valor no tempo da restituição, e responde pelos danos de que tiver culpa."

2.

Marido usufrutuário. O marido responde como usufrutuário. Se os bens dotais estavam seguros, incumbe ao marido pagar, durante a sociedade conjugal, ou desde a entrega dos bens, se o dote foi prometido para época posterior à celebração do casamento, as contribuições do seguro (arts. 260, 1, e 735). É obrigado a pagá-las, ainda que atrasadas, logo que receba os frutos devidos pelo dotante em mora. Se o marido faz o seguro, à mulher, ou a quem for restituído o dote, cabe o direito resultante contra o segurador (art. 735, § 1Q).

3. *Imóvel segurado.* Se o imóvel segurado foi destruído e for paga a indenização, deve ser sub-rogado, aplicando-se o valor recebido em outros bens. A obrigação do marido pelos danos de que tiver culpa transmite-se aos herdeiros.

§ 936. Frutos dotais ao tempo da dissolução da sociedade conjugal 1.

Obrigações do marido. Para satisfazer os encargos do matrimônio o marido percebe todos os frutos vencidos na constância da sociedade conjugal. Donde se conclui: *a)* que é obrigado a repor os que recebeu, vencidos antes da celebração do casamento, ou depois de se dissolver a sociedade conjugal; *b)* que tem direito aos frutos do último ano, ou parte dele, que durou a sociedade conjugal. E possivel estipular-se que os frutos do dote são devidos desde cedo dia, que se prefixe, ou quando se verificar algum fato. Se não se adotou qualquer determinação de tempo, entendem-se devidos *desde a celebração do casamento.* E o que resulta do art. 286: "Os frutos do dote são devidos desde a celebração do casamento, se não se estipulou prazo." Regra jurídica dispositiva.

2.

Código Civil, art. 306, alínea 2ª. Os anos do casamento, para a designação do último, contam-se da data da celebração (art. 306, alínea 2ª). Exemplo: Se A e B se casaram em 2 de janeiro, considera-se último ano, ou parte dele, o espaço de tempo que vai do último 2 de janeiro ao próximo aniversário ou dissolução da sociedade conjugal.

Já assim era no direito romano (L. 5 e 8, D., *de soluto matrimonio* dos *quemadmodum petatur* 24, 3) e nos praxistas portugueses (Meio Freire, *Institutiones,* III, § 22), que o assimilaram de 5. Stryk, J. Voet e outros. Os frutos do ano em que se dá a sociedade conjugal são divididos entre os dois cônjuges, ou os seus herdeiros, proporcionalmente à duração do casamento no decurso do mesmo ano: *pro rata tem poris quo mulier in matrimonio fuit.* Se o casamento, por exemplo, se celebrou a 1ª de janeiro e a sociedade se dissolveu exatamente um ano após, O marido nada tem de restituir dos frutos colhidos durante esse último ano: "omnia quae fructuum nomine continentur ad lucrum rnariti pertineant pro tempore matrimonli" (L.

única, § 9, b, C., *de rei uxoriae actione,* 5, 13). Se o último ano, porém, começou a correr de U de junho, data em que se realizou a celebração, ou o aniversário do casamento, e a sociedade conjugal se dissolve um mês depois, verifica-se a proporção entre um ano e um mês, dividem-se por 12 os frutos, entrega-se ao marido a duodécima parte, e as outras cabem à mulher, ou pessoa a quem tenha de reverter o dote, pois correspondem ao tempo em que já estava dissolvida a sociedade conjugal.

O

Código Civil não determinou especialmente como se contariam os anos no caso de dote constituído por estranho na constância da sociedade conjugal; mas os termos gerais do art. 306 abrangem, sem dúvida, a hipótese. Pelo direito anterior, quando o dote fosse constituído depois da celebração ou só então o recebesse o marido, contar-se-iam os anos do dia da entrega. Tal praxe não nos parece de grande alcance, nem o art. 306

distinguiu, quanto a isso, o dote antenupcial e o dote pós-nupcial, ou cuja tradição só depois do matrimônio se efetue (L. 5 e 6, D., *soluto matrimonio,* 24, 3). Disse o art. 306: "Dada a dissolução da sociedade conjugal, os frutos dotais, que correspondam ao ano corrente, serão divididos entre os dois cônjuges, ou entre um e os herdeiros do outro, proporcionalmente à duração do casamento, no decurso do mesmo ano." E na alínea 2ª

"Os anos do casamento contam-se da data de sua celebração." O parágrafo único acrescentou: "Tratando-se de colheitas obtidas em períodos superiores, ou inferiores a um ano, a divisão se efetuará proporcional-mente ao tempo de duração da sociedade conjugal, dentro no período da colheita." Incide a Lei nº 810, de 6 de setembro

de 1949, arts. 1ª,3ª.

3.

Colheitas. Tratando-se de colheitas, obtidas em períodos superiores ou inferiores a um ano, a divisão cfetua-se proporcional-mente ao tempo da duração da sociedade conjugal, *dentro no período da colheita.* Se a d

colheita se faz: de quatro em quatro meses, e no fim do primeiro mês desse prazo se dissolve a sociedade conjugal, acha-se a relação entre um mês e quatro meses, divide-se por 4 o produto da colheita e entrega-se ao marido uma das quartas partes. O restante as outras colheitas seguintes, por isso que se não realizaram na vigência da sociedade conjugal, pertencem apenas à mulher, ou aos seus herdeiros, ou à pessoa a quem tiver de reverter o dote. Se a colheíita só se faz de dez em dez anos, toma-se o resultado dela, divide-se por 10 e entregam-se ao marido as décimas partes correspondentes aos anos que dentro do decênio durou a vida em comum. Se a sociedade conjugal, dentro desse lapso, durou apenas alguns meses, divide-se por 12 a parte correspondente a um ano e dão-se ao marido tantas dessas duodécimas partes quantos forem os meses de vida em comum. E assim por diante, quanto aos próprios dias, pois que o Código Civil adotou a proporção *pro tempore matrimonIII,* e não pelos anos ou meses.

4.

Frutos. Entende-se por frutos o produto líquido, isto é, o resultado da colheita menos os gastos feitos com a cultura e a percepção (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 147).

§ 937. Separação do dote e administração dele pela mulher

1.

Ação da mulher. "A mulher pode requerer judicialmente a separação do dote, quando a desordem nos negócios do marido leve a recear que os bens deste não bastem a assegurar os dela salvo o direito que aos credores assiste, de se oporem à separação, quando fraudulenta" (art.

308). “Os dela”, aí, é expressão que está por os dotais” e os outros. A ação só compete à mulher; mas, se, pendente a ação em juízo, falecer, podem nela prosseguir os seus herdeiros ou credores (Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* IV, 409). Os credores de que se trata são apenas os que o são por dividas da mulher, anteriores ao casamento.

2.

Imprescritibilidade? — A separação do dote pode ser requerida, quer o estado decadente do marido proceda de culpa sua, quer tenha quaisquer outros motivos; mas a mulher tem o ônus de afirmar e o de provar o que alega. Se são vãs as suas suposições e infundados os seus receios, julga-se contra o pedido. A sentença favorável há de mandar que se entreguem à mulher os bens dotais, ou que se separem, no caso de estar sendo executado *o* marido, bens suficientes para a segurança de dote (Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre* o *Processo Civil,* IIII, 100).

A ação de separação do dote não tem prazo em que prescreva, ou preclua, por isso que só compete à mulher na constância da sociedade conjugal, e não passa aos herdeiros ou aos credores ainda quando já iniciada por ela.

3.

Averba ção. “Separado o dote, terá por administradora a mulher, mas continuará inalienável, provendo o juiz, quando conceder a separação, a que sejam convertidos em imóveis os valores entregues pelo marido em reposição dos bens dotais (art. 309).“ “A sentença da separação será averbada, no registro de que trata o art. 261“, isto é, pelo oficial do registro de imóveis do domicilio dos cônjuges ao tempo do casamento, no livro especial destinado ao registro das convenções antenupciais (arts. 309, parágrafo único, e 261), “para produzir efeitos em relação a terceiros”. Não é no livro especial que tenha o oficial do registro de imóveis do domicílio *atual* dos cônjuges que se averba; e sim no livro em que se registrou a escritura antenupcial ou a escritura dotal.

4.

Sobras. Enquanto não cessa a sociedade conjugal, a mulher éobrigada a aplicar à mantença da família os frutos e os rendimentos do dote, entregando as sobras ao marido (L. 29, C., *de iure dotium,* 5, 12; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família* 153). Alguns escritores, saturados de leituras francesas, aventuraram a solução de serem tais sobras bens incomunicáveis da mulher, o que é insustentável diante do art. 259 do Código Civil. Só se entregam ao marido, se tais sobras lhe são necessárias. Se, porém, dos frutos e rendimentos também já teve o marido o bastante, as sobras são bens comuns. Se o marido já não tem com que pagar, pode a mulher demandar os terceiros que possuam alguns ou todos os bens especializados na hipoteca legal.

5.

Credores. Os credores da mulher não podem executar os bens dotais *separados,* salvo se couberem na classe de que cogita o art. 299, § 2ª, 1ª parte (credores por dívidas anteriores ao casamento), ainda assim se o d

dotante, no caso, foi a própria mulher

6.

Seqúestração. A seqüestração evaptual (A. Bechmann, *Das rômische Dotalrecht,* §§ 178, 5.; 1(.

Czyhlarz, *Das rômische Dotalrecht,* 488), pode anteceder como pedido preliminar, ou ser conseqüente à petição de *separatio.* Em qualquer dos casos, tem de satisfazer os pressupostos de direito processual.

Remetemos, portanto, aos nossos comentários ao Código de Processo Civil.

§ 938. Bens parafernais (incomunicáveis)

1.

Extradotais incomunicáveis. Bens parafernais, segundo a técnica do

Código Civil, são os bens extradotaís incomunicáveis. Mas tal terminologia é errônea, como já mostramos anteriormente, de modo que temos de considerar o art. 310 somente referente aos *bens extradotais incomunicáveis.*

2.

Código Civil, art. 310. Lê-se no art. 310: "A mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais; não podendo, porém, alienar os imóveis (art. 276)." Escrevemos no *Direito de Família,* a respeito do art. 310: "Esse artigo faz remissão ao art. 276, onde se trata do regime da separação, mas o art. 287, parágrafo único, diz que "em falta de expressa declaração quanto ao regime dos bens extradotais, prevalecerá o da comunhão". Parafernais, portanto, para os legisladores, são os *extradotais* quando *incomunicáveis,* — o que é erro, como dissemos, pois parafernais são extradotais, *comunicáveis* ou *não.* Para conciliar a doutrina e o Código Civil, diremos sempre: parafernais incomunicáveis. A incomunicabilidade pode nascer: da aplicação dos princípios da comunhão sobre os bens extradotais, pois também a comunhão reconhece a existência de bens incomunicáveis por natureza (art. 265); 2ª da cláusula expressa que declare incomunicáveis todos ou certos bens extradotais; 3ª, da aplicação do art. 269, 1, aos adquiridos durante o matrimônio, *ex vi* do art. 288."

São parafernais incomunicáveis: 1) Os bens que a mulher tinha antes do casamento e os incomunicáveis por sua natureza, que ela veio a ter depois, como sejam: *a)* as pensões, os meios-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes; *b)* os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; c) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de terminar a suspensividade; *d)* o dote prometido ou constituído expressamente por um só dos cônjuges a filho comum; *e)* as doações antenupcíais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade; fi as roupas de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. li) Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes à mulher, em sub-rogação de bens incomunicáveis, e os que lhe sobrevierem por doação ou sucessão, salvo se houve cláusula de dotalização de bens futuros, adquiridos por um desses títulos gratuitos. 111) Os bens extradotais expressa-mente considerados incomunicáveis. IV) Os bens cuja aquisição tenha por título causa anterior ao casamento (art. 272).

3.

Administração, gozo e *livre disposição.* A mulher conserva a propriedade, a administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais incomunicáveis, não podendo, porém, alienar os imó veis sem assentimento do marido (art. 310). A lei civil dá à mulher a administração dos *bens parajernais incomunicáveis.* No antigo direito, tais bens ficavam sob a administração do marido. O que o Código Civil fez, portanto, foi reviver, sob o nome de parafernais, os bens que os escritores portugueses chamavam *receptícios,* a deturpar, por sua vez, o significado romano (Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* III, 167). Os bens parafernais imóveis não são inalienáveis: apenas a mulher precisa, para aliená-los, do assentimento marital, ainda quando forem incomunicáveis. O art. 310 do Código Civil remete ao art. 276, e esse, por sua vez, cita o art. 242, III, referente ao assentimento. A mulher pode entregar ao marido a administração de tais bens como procurador, e, nesse caso, responde ele somo mandatário (art. 260, III). O

mandato pode ser expresso, ou tácíto (art. 260, III).

4.

Contas. O marido é obrigado a dar contas da sua gerência àmulher, transferindo-lhe as vantagens proyenientes do mandato, por qualquer titulo que seja (art. 1.301)? Mas, se o marido édispensado, por cláusula *expressa,* de prestar-lhe contas, só éobrigado a restituir-lhe os frutos existentes, e não os consumidos: *a)*

quando ela lhe pedir contas; *b)* quando ela lhe revogar o mandato; c) quando dissolvida a sociedade conjugal. Essa regra do direito brasileiro distingue-se profundamente das que aparecem nas outras legislações e nos Projetos. Lê-se no art. 311: “Se o marido, como procurador constituído para administrar os bens parafernaís ou particulares da mulher, for dispensado, por cláusula expressa, de prestar-lhe contas, será d

somente obrigado a restituir os frutos existentes: 1 - Quando ela lhe pedir contas. III - Quando ela lhe revogar o mandato. IIII - Quando dissolvida a sociedade conjugal.” Se, não obstante a falta de poderes para substabelecimento, o marido se fizer substituir na execução do

mandato, responde à mulher pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de casos fortuitos, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento (art. 1.300, § *1ª).* Havendo poderes de substabelecer, só são imputáveis ao marido os danos causados pelo substabelecido, se for notoriamente incapaz, ou insolvente (art. 1.300, § 2ª). O marido, como mandatário, não pode compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos, que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte (art. 1.302). Pelas somas que devia entregar à mulher, ou receber para despesas, mas empregou em proveito seu, paga o marido juros, desde o momento em que abusou (art. 1.303).

5.

Dissolução da sociedade conjugal. Dissolvida a sociedade conjugal, deve o marido restituir os bens que estavam sob sua administração, com as acessões anteriores e sobrevindas. Para assegurar a restituição desses bens, tem a mulher a mesma garantia hipotecária que pelo dote lhe confere a lei (art. 827, 1). Mas tal hipoteca só tem efeito contra terceiros depois de registrada (art. 828).

6.

Frutos. ~São comunicáveis os frutos dos bens parafernais incomunicáveis? Clovis Bevilacqua entendia que sim, devido ao art. 259, que se refere aos adquiridos na constância da sociedade conjugal. Mas isso é absurdo: Clovis Bevilacqua esqueceu-se do art. 288, *regra especial sobre os adquiridos,* se dotal o regime. Remete-se, no art. 288, aos arts. 269-275, e o art. 271, V, resolveria a questão, se o art. 310 não excluisse a incidência do art. 271, V. e o art. 311 não o confirmasse. Se a mulher pode chamar a contas o marido, é que não é ele *co-usufrutuário,* e sim *mandatário.* A mulher conserva o gozo de tais bens, e frui-os.

Capítulo IX

Doações aos Eisposos e entre Cônjuges

§ 939. Doações entre nubentes e feitas por terceiros

1.

Código Civil, art. 312. ~Salvo o caso de separação obrigatória de bens, é livre aos nubentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de 1jm ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (Código Civil, art. 312). Tais doações não se podem fazeff em documento separado da escritura antenupcial, ainda que em outra escritura pública. São, portanto, parte do contrato antenupcial; feitas fora dele, regem-se pelo direito das obrigações (arts. 1L.165-1.187, I-IV).

A doação entre esposos entronca-se no "dote" germânico, „ *ex marito* no *Wittum.*

O noivo prestava a recompensa, sem que se dê a isso significação de compra, porque ~a mulher sempre teve personalidade e grande relevo nas tribos germânicas. A doação ia á noiva, e não ao pai, se bem que, primiíiv"amente, fosse á *Sitte* da mulher. Mais era dádiva, presente de paz do que qualquer outra coisa. Se o casamento não se realizaval, ficava sem efeito a doação. Se da noiva partia o rompimento, o dote desempenhava o papel de arra penitencíal; mas o noivo qi-le se recusasse não podia recobrar o dote (cf. R.

Schrãder, *Oesóhichte des ehelichen Gàterrechts,* 1, 16). Chindasvindo, no ano (645, limitou a generosidade do noivo: não poderia exceder a décima parte dos bens do doador.

A *donatio propter nuiptias* do direito romano, no período posterior a Constantino, er~ contradote, algo de negócio jurídico contraprestativo. Nada têm com isso os arts. 312 e 313. Houve o encontro dos dois institutOs, O novo, romano, sob a influência do direito oriental, e o velho, germânico.

O art. 312 veda doações recíprocas, ou de um ao outro, *para casamento,* entre os nubentes, se o regime matrimonial tem de ser o da separação de bens. Se houve doação anterior, sem ser para o casamento, ou houve *fraus legis* e é nula, ou não houve *fraus legis:* se não se fraudou a lei, isto é, o art. 312, *pr.,* ou o art. 258, parágrafo

único, a doação nada teve com o casamento e a sua validade, só apurável ao tempo em que se fez, depende dos princípios da Parte Geral e dos arts. 1.175 e 1.176. Dai não se poder aventurar, como fez o U

d

Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de novembro de 1948 *(RT* 178/128): "É

verdade que, no caso, não se trata de escritura antenupcial, mas nem por isso deixa de incidir na sanção legal, manifesta a intenção do doador de beneficiar a sua futura mulher, pois não podia ignorar qual seria o regime de bens do seu casamento. Em qualquer caso, está o sexagenário impedido de contemplar a sua futura esposa com doações, declare ou não, expressamente, que o faz em favor de futuras núpcias. Não seria razoável que a lei proibisse as doações antenupciais e impusesse coativamente o regime da completa separação de bens ao sexagenário e, por outro lado, o autorizasse a doar à noiva, dias antes do casamento, a tota disponível do seu patrimônio."

O juiz tem de verificar se a doação não foi para casamento (cf. art. 1.173), em pacto antenupcíal; se o não foi e não houve *fraus legis,* não há pensar-se em qualquer sanção de direito de família. Se as doações não se prendem a casamento, nem são in *fraudem legis,* ainda que *mortis* causa, não há por onde se invocar o art.

312. Nem são doações ditre cônjuges (não havia casamento), nem doações entre nubentes (para serem entre nubentes teriam de ser para núpcias, isto é, "em contemplação de casamento futuro", como diz o art. 1.173).

Baralhou os conceitos a 2ªCâmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 15 de abril de 1940 *(RT*

133/235).

2.

Separaçâo de bens. Diz o art. 312: "Salvo o caso de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único) é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (arts.

263, nº VIIII, e 232. nº III).” Os casos de separação obrigatória de bens são, na maioria, devidos a causa unilateral *(e.g.,* menor que casou sem assentimento, menor órfão de pai e mãe, homem maior de sessenta anos, mulher maior de cinqúenta). Se é dos dois lados a causa, compreende-se que se vede a doação entre esposos; não assim, se unilateral. Devemos entender que o maior pode doar *inter sponsos* a menor que casou sem assentimento. Tal interpretação é autorizada pelo art. 226, in *fine,* onde se diz: “não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro”. Assim, à quinquagenária é vedado transferir bens, de qualquer forma, ao noivo, cabendo, no caso de figurar a título oneroso, a prova da *fraus legis.* Nula a doação, tem a mulher ou seus herdeiros ação para obrigá-lo a restituir os bens doados e a prestar contas da administração deles (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 14 de janeiro de 1922, RE 38/516). Se as doações se fazem fora do contrato antenupcial, ficam sujeitas às regras comuns das doações; é preciso, por exemplo, que o beneficiado as aceite.

3.

Doações. As doações para casamento podem também ser feitas por terceiros, no contrato antenupcial, ou em outro instrumento público anterior ao casamento. E o que se lê no art. 313: “As doações para casamento podem também ser feitas por terceiros, no contrato antenupcial ou em escritura pública anterior ao casamento.”

4.

Casamento com certo e determinada pessoa. A doação feita em contemplação de casamento futuro, com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiros a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação e só fica *sem efeito* se o casamento não se realiza. Se a doação não depende de casamento com certa e determinada pessoa, e necessária a aceitação. (Note-se que *o* caso é de *nâo-eficácia,* e não de nulidade; menos ainda, de nãoexistência. O rompimento do noivado atinge a eficácia da doação; não a anula, nem na faz nula. O reatamento restitui-lha; o casamento faz a doação irradiar os seus efeitos.) Salvo se havia prazo para as núpcias.

5.

Quem não pode doar inter sponsos. Não podem, de modo algum, fazer doações *inter sponsos:* 1) as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito (arts. 258, parágrafo único, e 183, XIII); III) o maior de sesse0ta anos e a maior de cinqúenta (art. 258, parágrafo único, III); íií) o menor órfão ou órfã de pai e mãe, embora case com assentínento do tutor, ou curador (art. 258, parágrafo único, IIII); IV) ~ «1enor, a cujo pai ou mãe foi suspenso ou tirado o pátrio poder, ainda que case com o assentimento do tutor (art.

258,111). Aos inciso da lei juntamos os absolutamente incapazes para fazer tais doaçt5es. Mas é preciso advertir-se em que todos os que não podem casar (impedimentos dirimentes) não podem, *ipso iure,* fazer doações *inter sponsos,* posto que possam ser válidas no caso de casamento putativo, ou no caso do art. 232.

6.

Outras vedações. Também não podem fazer tais doações: 1) os menores sob o pátrio poder, quando casem sem assentimento paterno (arts. 183, XI, 212 e 258, parágrafo único, 1); III) os sujeitos à tutela, ou curatela quando casem scm assentimento do tutor, ou curador, a quem, nos termos da lei, competia assentir, ou não, no casamento (arts. 183, XI, 428,11, e 4753); IIII) o viúvo ou a viúva que tiver filhos do cônjuge falecido, ~~quanto não se fizer o inventário dos bens do casal (art. 183, XIIII); IV) a mulher viúva ou d

separada do marido por nulidade ou anulação *do* casamento, até trezentos dias depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o prazo, Jer à luz algum filho (art. 183, XIV); V) a pessoa tutelada ou curatela da, enquanto não cessa a tutela ou curatela, e não estiverem saícladas as respectivas contas, se pretende casar com o tutor ou curador, ou algum dos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, ainda que o tutor ou curador dê assentimento (art. 183, XV); VI) a órfã ou viúva que pretende casar-se com juiz, ou o escrivão da circunscrição territorial, ou algum dos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, ainda que, para o casamento, haja licença especial da autoridadC judiciária superior (art. 183, XVI). A lista é grande e assaz criticável.

7.

Nulidade. Se o casamento é feito com infração de qualquer dos impedimentos dirimentes, nulas são as doações antenupciais; mas valerão as que tenha feito o esposo, por culpa de quem for anulado o casamento (arts. 312 e 232, III), se não são nulas, ou se declarado putativo a favor do donatário.

8.

Casamento e contrato antenupcial. As doações *inter sponsos,* por isso que a liberalidade deve constar do próprio contrato ante-nupcial, claro está que só se podem entender a favor do matrimônio, a que tal contrato concerne.

9.

Doações feitas por terceiros. As doações feitas por terceiros aos nubentes não estão sujeitas à mesma limitação: *a)* Se foram estipuladas no contrato antenupcial, entendem-se referentes ao casamento aludido no contrato. *b)* Se foram constituídas em documento separado, podem favorecer a casamento determinado, ou a qualquer união legal do beneficiado dentro de cedo prazo. Feita a doação, permanece eficaz até que o casamento se efetue dentro do prazo marcado, não podendo o doador retratar-se, ou modificar a sua liberalidade ou as suas cláusulas, a não ser de acordo com o donatário. As doações feitas em escritura antenup cial ou em documento separado caducam se não se lhes seguir o casamento (D"Abranches Ferrão, *Das Doações,* 8: "... a liberalidade feita aos esposados fica em situação idêntica à das suas convenções antenupciais; se o projeto da união se abandona, claro que também por isso mesmo se abandona o projeto das convenções e de todos os atos que dessa união intimamente dependiam"). Feitas em separado, sem que se fixe o prazo para a realização do casamento, entendem-se para um prazo razoável. "As doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele", diz o art. 314, acrescentando o seu parágrafo único: "No caso, porém, de sobreviver o doador a todos os filhos do donatário, caducará a doação."

10.

Evicção e vícios redibitórios. Se a doação foi feita pelos esposos ou pelos pais, respondem pela evicção ou pelos vícios redibitórios os doadores (arg. ao art. 285; Teixeira de Freitas, nota 21 ao art. 424 da *Consolidação das Leis Civis).* Quando por estranho, somente se estava de má-fé (art. 1.179).

11.

Crítica á jurisprudência. O Tribunal Superior do Maranhão *(OD* 90/312) decidiu, certa vez, que, feita pelo noivo à noiva, a doação se resolve pelo casamento, se não houve expressa exclusão da comunhão e é *ipso iure* a resolução (20 de maio de 1902). Pode não ter havido exclusão da comunhão quanto aos outros bens, e tê-la havido, explícita ou implicita, quanto ao bem ou bens doados. E ponto, esse, digno de toda a atenção. Se, marcado ou ajustado o casamento, o noivo ou a noiva doa ao seu esposo, como noivo ou como noiva, certamente quer ele, ou ela, a separação, e não se há de presumir inútil o seu ato de doar.

§ 940. Doações entre cônjuges

1.

Direito romano. Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Durante os primeiros séculos de Roma, a *manus* acompanhava quase sempre o matrimônio, de modo que as doações entre casados eram impossíveis, pois que os)bens da mulher pertenciam ao marido; mas, se a mulher não caia in *manu,* as doações eram permitidas. Veio depois a proibição. Nos fins da República e começo do Império, o abuso do divórcio tornou maiores os inconvenientes dessas liberalidades: aguçar a cobiça entre os cônjuges; permitir que um deles, quando dominado pela afeição, se empobrecesse em proveito do outro (Ulpiano, L. 1, D., *de donationibus inter virum et uxorem,* 24, 1: “Moríbus apud nos receptum est, ne inter vírum et uxorem d

donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non tem-perantes, sed profusa erga se facilitate”; L. 3, pr, D., *eod.:* “Maiores nostri inter virum et uxorem

donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, no concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret"). Nos começos do século XVI, Portugal adotou o direito justinianeu, rompendo com os costumes existentes. A implantação foi feita pelas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 14), depois pelas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Titulo 9), e, logo depois, pelas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 65).

No Brasil, regeu isso até 1916.

2.

Direito do Código Civil. No direito que o Código Civil brasileiro implantou, outro é o sistema.

Admitindo as doações entre os cônjuges, quando possiveis, o Projeto primitivo silenciou a respeito. A Comissão Revisora de 1900 incluiu no Projeto dois artigos, em que se permitiam, de modo absoluto, qualquer que fosse o regime de bens, doações revogáveis livremente e a todo o tempo (Projeto revisto, arts. 392 e 393).

Tais regras não conseguiram permanecer; porém não se proibiram tais doações, tanto que, em 1902, a Comissão Especial da Câmara, ao mencionar as principais idéias novas, dizia (Parecer da Comissão Especial):

"Não se proibem as doações entre cônjuges, desde que pela natureza do regime matrimonial forem possíveis." Prevaleceu, assim, até final redação, a doutrina do Projeto primitivo. Rara estudarmos, praticamente, o assunto, consideremo-lo em relação a cada um dos regimes matrimoniais de bens.

§ 941. Doações entre cônjuges na comunhão universal

1.

Metades ideais e doações. Os cônjuges são senhores *pro indiviso* dos bens comunicados. Nenhum dos dois os tem e possui só por si; dão-se,

caracteristicamente, os fatos jurídicos da composse e do condomínio.

Porém composse e condomínio mais íntimos e, ao mesmo tempo, mais independentes do que a composse e o condomínio ordinários: os cônjuges não podem alienar ou gravar as suas partes *(metades ideais),* nem a composse dos bens comunicáveis permite o exercicio sobre uma das partes dos bens, nem mesmo a separação.

Trata-se de absoluta indivisão de bens presentes e futuros.

2.

Comunhão e *doações.* Daí a impossibilidade das doações entre cônjuges quando o regime entre eles é o da comunhão universal:

a) Se um cônjuge doasse ao outro determinado bem, esse passaria a ser, novamente, bem comum, uma vez que no regime da comunhão universal todos os adquiridos se comunicam. Já era o argumento de MeIo Freire, que invocara Groeneweg, 5. Stryk e G.

L. Bõhmer. “Com efeito”, dizia Manuel de Almeida e Sousa

(Notas de Uso Prático, III, 535), “nas nações em que é costume, como no nosso reino, de se comunicarem entre os cônjuges, em falta de outro contrato, todos os bens, dizem os doutos nacionais que cessa este titulo pela mesma razão de outra vez se comunicarem os bens, que mutuamente se doam”. A impossibilidade é de ordem lógica. No mesmo sentido, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de junho de 1947 *(RT*

168/252: “tantas doações, tantas comunhões”).

b) Se a doação se fizesse com a cláusula de incomunicabilidade, é cedo que tais bens seriam incomunicáveis, porque assim mesmo dispõe o Código Civil (art. 263, III); mas essa cláusula de incomunicabilidade não seria licita aos cônjuges: importaria permitirem-se-lhes alterações ao regime de.~bens estabelecido, que é, *ex potestate legis,* irrevogável (art. 230). As doações entre cônjuges são, portanto, impossíveis, lógica e juridicamente, se vigora o regime da comunhão universal.

3.

Proibição. Do que expusemos, pode-se concluir que só se proibem as doações: *a)* entre casados, não entre noivos, ou nubentes *(inter coniuges, non inter sponsos); b)* na constância da comunhão de bens, e não depois de terminada *(constante, non soluta communione):* assim, efetuada a separação judicial, ou o divórcio, ou a anulação do casamento, podem os cônjuges fazer doações recíprocas ou unilaterais (se os separados judicialmente se reconciliam, têm de recompor o regime da comunhão nas condições anteriores, dando-se a comunicação dos bens doados, como de quaisquer bens particulares anteriores à reconciliação que não caibam nas exceções do art. 263); c) as doações entre vivos, MeIo Freire, *Institutiones,* III, 188), e não as que se fazem para depois da morte *(inter vivos, non mortis causa).*

d

4.

Código Civil, arts. 1.177 e 178, § 7ª, VI. Se o marido doou bens à concubína (art. 1.177), a mulher, anulando a doação (art. 178, § 72, inc. VI) e reivindicando tais bens, pode deles dispor livremente (art. 248, IV, parágrafo único, e V), portanto, doa-los a quem lhe aprover; mas tal doação não aproveita exclusivamente ao marido, ainda que a ele seja feita, porque a cláusula de incomunicabilidade não é permitida aos cônjuges, como vimos, e os bens doados se teriam de comunicar.

§ 942. Doações entre cônjuges na comunhão parcial

1.

Regras *Gerais.* Na comunhão parcial ou restrita, só pertencem ao casal, quando adquiridos por doação, aqueles bens em que o marido e mulher são os donatários. Se a doação foi feita em favor de um só dos cônjuges, ainda que sem a cláusula de incomunicabilidade, os bens doados são tidos como particulares do cônjuge donatário. E óbvio que os cônjuges não podem doar bens comuns a um só deles, tornando-os, assim, bens *próprios* do beneficiado, porque tal ato importaria alteração do sistema ou regime matrimo nial, tornado irrevogável desde a data da celebração do casamento. A questão resume-se, pois,

em se saber se o marido pode doar ámulher, ou vice-versa, bens particulares.

2.

Possibilidade. Uma vez que sejam alienáveis, é claro que sim. Tal permissão não modifica nem revoga *o* regime da comunhão limitada, porque: *a)* O bem ou bens doados a um dos cônjuges só a esse pertencem; válida, é, portanto, a doação da mulher ao marido, ou vice-versa, — mera transferência do patrimônio de *um* para o do *outro,* sem ofensa alguma ao patrimônio do *casal. b)* Salvo existindo cláusula de inalienabilidade, o marido ou a mulher tem a faculdade de alienar os móveis particulares, e qualquer dos cõnjuges, com outorga do outro, os imoveis.

3.

Assentimento do marido. Como seria antijurídico o assentimento do marido, ou a outorga uxória, para que um dos cônjuges doasse a outro bens imóveis, deve-se considerar um dos casos de autorização, ou assentimento suprimental pelo juiz, uma vez que tais doações entre cônjuges sejam possiveis.

4.

O que não pode ser doado. Não pode a mulher doar ao marido, nem esse à mulher: *a)* os frutos dos bens comuns ou particulares, percebidos na constância da sociedade conjugal, ou pendentes ao cessar a comunhão, porque tais frutos se comunicam, e não pertencem a qualquer dos cônjuges, mas ao casal; *b)* certas benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge, pela mesma razão de pertencerem 2 comunhão; c) quaisquer outros bens comuns, sob o direito anterior â Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, art. 12, VIII e VIIII, também; *d)* os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, porque, sendo comunicáveis *ex vi legis,* a doação deles importaria alteração ao regime estabelecido.

5.

Separação judicial. Se houve separação judicial, as doações feitas por um cônjuge ao outro, durante a separação, não se comunicam com o fato de se reconciliarem.

§ 943. Doações entre cônjuges no regime da separação de bens

1.

Separação pura. No regime da separação pura, existem duas classes de bens: os particulares do marido e os particulares da mulher. Não se cria a figura jurídica e econômica do casal, a qual só se esboça, precariamente, para a percepção dos rendimentos necessários à mantença da família. De regra, ao marido compete, na separação de bens, todos os encargos do matrimônio, no que é auxiliado pela mulher, mediante contribuição de renda proporcional aos bens do marido. Tais frutos, uma vez destinados, constituem, realmente, haveres do *casal;* está claro, portanto, que não poderiam ser doados a outro cônjuge em prejuizo da própria família.

d

2.

Bens e frutos sobejos. Os bens e demais frutos, que sobejam aos encargos do casamento, podem ser doados a quem quer que seja, inclusive ao outro cônjuge: livremente, se forem móveis; com o assentimento do consorte, se forem imóveis. Na *RJ,* foi publicado parecer de J. de Castro Magalhães, que terminava dizendo estar "na tradição do nosso direito a validade da doação e dos demais contratos entre cônjuges, separados de bens, tendo o Código Civil ampliado por completo o principio. Pouco importa que o regime de separação se origine de convenção, ou da lei. Essa não distingue regime convencional do regime legal de separação pura de bens: ambos se regem pelas mesmas regras. Os expostos motivos e outros com certeza mais robustos levaram

, no seu magnífico *Direito de Família* (§ 115), a concluir pela ampla licença de poder, no regime da separação pura de bens, um cônjuge doar ao outro. São lícitos entre marido e mulher, separados de bens,

todos os contratos que não colidam com o regime: essa é a norma única a atender-se. E o de venda e compra está entre eles". A 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de março de 1947 *(RT* 167/689), tentou estender às doações entre cônjuges o que só se refere às doações entre nubentes: "E nula a liberalidade feita pelo marido à mulher na constância do casamento contraído sob o regime de separação obrigatória de bens. E certo que o art. 312 do Código Civil trata das doações antenupciais, não fazendo referência a doações durante a vigência do casamento. Mas, está subentendido, por força de extensão, que a proibição compreende também as liberalidades na constância do casamento, porque, do contrário, não haveria razão para a lei vedar as doações antenupciais. Seria uma inutilidade." Sem razão não se interpretam leis sem se entenderem. Como seria antijuridico *assentir* ou *autorizar* doações a si mesmo, a anuência, se énecessária na espécie, deve ser suprimental.

3.

Separação simples. O mesmo não se dará na separação simples ou restrita: os adquiridos, em regra, são comunicáveis, menos os bens doados ou lesados com a cláusula de incomunicabilidade etc. Donde se conclui que, na separação restrita, são eficazes as doações ao outro cônjuge feitas com os bens particulares, e nunca as que se fazem com os bens comuns.

§ 944. Doações entre cônjuges, no regime dotal

1.

Código Civil. O regime dotal, tal como o regula o Código Civil, está inçado de dificuldades. As sucessivas emendas ao Projeto primitivo, às vezes descabidas? legaram ao nosso direito civil regime perigoso, pelas obscuridades, e inadaptável a bom sistema técnico. Para evitarmos os escolhos e fazermo-nos compreender perfeitamente, procuremos miudear as soluções, conforme as classes de bens existentes no regime dotal.

2.

Bens que não podem ser doados ao marido. Não podem ser doados ao marido os bens que constituem o dote; porque os bens dotais são inalienáveis, e só se admite uma exceção à sua indoabilidade: se, de acordo, marido e mulher, querem dotar filhas comuns (art. 293, 1).

3.

Bens que não podem ser doados. Não podem ser doados por nenhum dos cônjuges: *a)* os bens anteriores ao casamento, que se houverem comunicado; *b)* os bens adquiridos que se comunicarem. Pertencem irrevogavelmente ao casal, e a transferência para o patrimônio particular do outro cônjuge importaria alteração ao regime preestabelecido.

4.

Doações permitidas. As doações *inter virum et uxorem* são permitidas no regime dotal: *a)* quando feitas pelo marido com os seus bens particulares; *b)* quando feitas pela mulher com os bens parafernais incomunicáveis. (Empregamos a expressão "parafernais" no sentido técnico de extradotais, e não no que inconsequentemente lhe atribui *o* Código Civil: bens *incomunicáveis* da mulher. Dai acrescentarmos

"incomunicáveis", o que os faz equivalentes de bens particulares da mulher, fora do dote.)

§ 945. Regras comuns às doações

1.

Reversão. As doações *inter coniuges,* bem como as doações de terceiros aos esposos, ou aos casados, estão sujeitas às normas relativas à validade das doações ordinárias. Assim, o doador pode estipular que os d

bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobrevive ao donatário (art. 1.174), e o donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação,

caso sejam a beneficio do doador, de terceiros, ou no interesse geral (art.

1.180). Nessa última hipótese, a execução pode ser exigida pelo Ministério Público, depois da morte do doador, se esse não o tiver feito (art. 1.180, parágrafo único).

2.

Quando são nulas. São nulas as doações: *a)* Quanto à parte, que exceda a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (art. 1.155); e ainda que venha a poder testar todos os seus bens. *b)* Quando consistam em todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (art. 1.175).

A nulidade tem de ser pronunciada pelo juiz, em ação competente, constitutiva *negativa.*

3.

Doação de todos os *bens.* A doação de todos os bens é válida quando nela o doador se reserva o usufruto: "Donatio omnium bonorum reservato sibi usufructu valida est et ratio assignatur" (Antônio da Cama, *Decisiones, 6;* Miguel de Reinoso, *Observationes Praticce,* 279).

4.

Doações entre cônjuges. As doações entre cônjuges, como as doações ordinárias, podem ser revogadas ou extintas: *a)* nos casos comuns a todos os contratos: mútuo dissenso etc.; ou 14 por ingratidão do donatário (art. 1.181); ou *c)* por inexecução do encargo, se a doação é onerosa, desde que o donatário incorra em mora (art. 1.181, parágrafo único).

5.

Ingratidão. Só se entende que o donatário cometeu ingratidão e só em tais casos se poderá, por esse motivo, revogar a doação: á) se o donatário tentou contra a vida do doador; *b)* se cometeu contra ele

ofensa física; c) se o injuriou gravemente, ou o caluniou; *d)* se, podendo ministrar ao doador os alimentos, de que necessitava, os recusou (art. 1.183, 1-1V). O direito de revogar a liberalidade por ingratidão do donatário é irrenunciável (art. 1.182). Considera-se nula *ipso iure,* portanto, a cláusula que dispuser o contrário. A revogação tem de ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato, que a autoriza (arts. 1.184 e 178, § 6ª, 1). O~direito de promover a revogação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário; mas aqueles podem prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se esse falecer depois de contestada a lide (art. 1.185).

A contestação pode ser *real* ou *presumida.* A primeira consiste na efetiva resposta do réu, que na ação revocatória é o donatário; a segunda provém do silêncio do réu que, no interesse dele, se tem como contestação puramente negativa. A lei não exige que a contestação seja *real.* Quer apenas que só se continue a ação se ao tempo de ser oferecida a *contrariedade* (prazo legal, assinado após o oferecimento a petição) estava vivo o donatário.

6.

Direitos de terceiros. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, nem obriga o donatário a restituir os frutos, que percebeu antes de contestada a lide; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-las pelo meio-termo do seu valor. tQue entendem os legisladores do Código Civil por "meiotermo do valor"? Trata-se de correção de forma, que, como quase sempre, obscureceu a terminologia legal. O Projeto primitivo, art. 1.236, dizia, mais claramente: "... sujeita o donatário a pagar equitativamente os frutos posteriores e o *valor médio* das coisas que não puder restituir em espécie". Posteriormente, no Senado Federal, trocaram "valor médio" por "meiotermo", com sensível prejuízo da clareza da lei. Entenda-se valor médio.

7.

Quando não cabe a revogação. Não se revogam por ingratidão as doações entre cônjuges: *a)* quando puramente remuneratórias; *b)* quando oneradas com encargo; c) quando se fizerem em cumprimento de obrigação natural (art. 1.187, I-IIII).

8.

Doações irrevogáveis. As doações irrevogáveis por ingratidão, se entre cônjuges, conforme o art.

1.187, são as de que acima falamos. Aliás, as puramente remuneratórias esvaziam-se de gratuidade. As doações para determinado casamento *(inter* sponsos), essas são irrevogáveis, não cabendo apurar-se se foram remuneratórias, ou com encargo, ou em cumprimento de obrigação natural. O que se há de mostrar é que um dos noivos ou ambos foram beneficiados *porque se ia realizar* o *casamento.* Feita por um dos noivos ao outro a doação, presume-se que o tenha sido pelo fato de proximamente se casarem, ou dentro do tempo que se tenha por subsistente o noivado; e qualquer prova contrária incumbe ao doador. Assim, se A doa a B uma d

casa, quando nenhum namoro entre eles existia, e, depois, se tornam noivos A e 8, tal doação não foi *inter* sponsos, não se tinha em mira o casamento do doador ou doadora com a donatária ou o donatário. Tal doação é revogável por ingratidão, conforme o art. 1.183, 1-IV. Se o noivado existia e houve rompimento, pode não precisar ser revogada se a entrega dependia do casamento: cessa a *eficácia.* Se há reatamento, antes da revogação, revive a *eficácia.* Tal doação é *inter sponsos.*

Do que acima se disse é de concluir-se que as doações entre esposos e as doações entre casados são institutos diferentes, com os seus princípios próprios. Aquelas não dependem do regime matrimonial de bens que se vai implantar, se são permitidas, ao passo que o regime matrimonial de bens implantado é que decide de serem possíveis, ou não, as doações entre casados.

Quanto ao art. 232, ele só incide se a doação entre esposos podia ser feita, isto é, se não foi nula. Portanto, se o casamento havia de ser, por lei, com o regime matrimonial da separação de bens, não há cogitar-se de invocação do art. 232, III: não pode ser obrigado a cumprir quem não podia prometer doação (cf. art. 312:

“Salvo o caso de separação obrigatória de bens

d